

DÉPARTEMENT de PHILOSOPHIE et d'ÉTHIQUE APPLIQUÉE  
Faculté des lettres et sciences humaines  
Université de Sherbrooke

La suffisance du cadre d'analyse dworkinien pour rendre compte de l'évolution de la  
constitutionnalité de l'aide médicale à mourir au Canada  
par  
Charles-Etienne Bélanger

sous la direction de  
André Lacroix

Sherbrooke  
JUIN 2018

## Composition du jury

La suffisance du cadre d'analyse dworkinien pour rendre compte de l'évolution de la  
constitutionnalité de l'aide médicale à mourir au Canada  
Charles-Etienne Bélanger

Ce mémoire a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

André Lacroix, directeur de la recherche  
(Département de philosophie, Faculté des lettres et sciences humaines)  
André Duhamel, membre du jury  
(Département de philosophie, Faculté des lettres et sciences humaines)  
Alain Létourneau, membre du jury  
(Département de philosophie, Faculté des lettres et sciences humaines)

## Résumé

Le présent mémoire vise à mettre en relation deux cadres conceptuels que sont la théorie de l'adjudication proposée par le philosophe américain Ronald Dworkin et ce qu'il est possible d'appeler le cadre conceptuel des juges de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* de 1993 et *Carter c. Canada (Procureur général)* de 2015. En comparant ces deux cadres, l'objectif est de déterminer si la proposition théorique de Dworkin est compatible avec le processus décisionnel des juges tel qu'illustré dans ces deux jugements et s'il offre une lunette d'analyse intéressante de ce dernier.

En nous basant sur les notions centrales de la théorie de l'adjudication de Dworkin, et plus précisément sur la notion de principe, nous souhaitons démontrer la pertinence de cette théorie pour mieux comprendre la volte-face jurisprudentielle qui peut sembler de prime abord injustifiée. Pour Dworkin, le travail de juge nécessite de procéder à un exercice de pondérations des principes en cause dont l'objectif final est de montrer la communauté politique sous son meilleur jour. En comparant les deux cadres conceptuels, nous avançons que c'est ce que les juges ont fait dans l'arrêt *Carter* et qu'une lecture de cet arrêt à l'aune de la théorie dworkinienne fournit donc un éclairage pertinent.

## Mots-clés

Théorie de l'adjudication, Ronald Dworkin, principe, aide médicale à mourir, Cour suprême du Canada

## Table des matières

Introduction.....	6
 Chapitre 1 – Droit-intégrité et théorie des droits : le cadre conceptuel de Dworkin .....	11
Introduction du chapitre .....	11
1. Le projet de Ronald Dworkin .....	12
1.1 Les hard cases en tant que révélateurs de principes .....	13
1.1.1 La notion de hard cases .....	13
1.1.2 Différenciation entre règles, principes et politiques chez Dworkin .....	16
2. La théorie du droit dworkinienne : Le droit-intégrité .....	20
2.1 Le droit en tant qu'interprétation constructive .....	24
2.1.1 Tabula rasa : Qu'est-ce que le droit ? .....	24
2.1.2 L'interprétation constructive .....	25
2.2 Le droit-intégrité .....	28
2.2.1 La notion d'intégrité .....	29
2.2.2 Les grandes lignes du droit-intégrité .....	32
3. La théorie de l'adjudication dworkinienne : La théorie des droits .....	34
3.1 Les critiques de Dworkin .....	35
3.2 Clarifications conceptuelles préalables à l'exposition de la théorie des droits .....	39
3.3 La théorie des droits .....	40
3.3.1 Fonctionnement général et implications de la théorie des droits.....	41
3.3.2 La tâche du juge Hercule : l'écriture d'un roman à la chaîne.....	45
3.4 Le juge Hercule en action.....	54
Conclusion du chapitre .....	58
 Chapitre 2 – Le cadre conceptuel des juges dans les arrêts Rodriguez et Carter.....	59
Introduction du chapitre .....	59
1. Les arrêts Rodriguez et Carter .....	61
2. Définition judiciaire des termes employés.....	63
2.1 Politique .....	64
2.2 Principes et principes de justice fondamentale .....	65
2.3 Cas difficiles et complexes.....	68
3. La place du pouvoir judiciaire au sein de l'État .....	69

3.1 La conception judiciaire du rôle des juges .....	69
4. L'interaction entre morale, politique et droit.....	75
4.1 Conception judiciaire du triptyque morale, politique et droit .....	76
4.1.1 Dans Rodriguez .....	76
4.1.2 Dans Carter .....	79
5. Les balises du processus interprétatif .....	81
5.1 Le stare decisis .....	82
5.2 L'intention de l'auteur et le but de la loi.....	85
6. Les sources d'informations et leur validité.....	90
6.1 La prise en considération du contexte sociohistorique.....	90
6.2 L'utilisation des comparaisons avec d'autres juridictions .....	94
Conclusion du chapitre .....	97
 Chapitre 3 – Comparaison entre les cadres conceptuels et analyse .....	98
Introduction du chapitre.....	98
1. Les éléments caractéristiques et fondamentaux de la théorie dworkinienne .....	99
1.1 Éléments caractéristiques du droit-intégrité.....	100
1.2 Éléments caractéristiques de la théorie des droits.....	102
2. Points de convergence et de tension entre la théorie dworkinienne et le discours judiciaire .....	105
2.1 Dans les motifs de la majorité (sous la plume du juge Sopinka) .....	106
2.2 Dans la dissidence des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé .....	111
2.3 Dans la dissidence du juge Lamer.....	113
2.4 Dans les motifs unanimes de la Cour dans Carter.....	115
3. Réflexions sur la compatibilité des deux cadres conceptuels .....	120
3.1 Obstacles à la comparaison .....	120
3.2 Bilan de l'exercice comparatif .....	124
Conclusion du chapitre .....	129
Conclusion .....	132
Bibliographie.....	137

## Introduction

Dans le système politique canadien, le pouvoir judiciaire occupe une place dont on ne saurait sous-estimer l'importance. Aux côtés du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire joue un rôle essentiel dans le fonctionnement politique de la communauté, soit celui de clarifier et de faire appliquer le droit. Qui plus est, depuis 1982, le rôle de ces mêmes tribunaux a été élargi avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, cette loi a eu pour effet de conférer un nouveau rôle au pouvoir judiciaire en le chargeant d'effectuer des contrôles de constitutionnalité en regard des droits et libertés nouvellement enchâssés dans la constitution. Ainsi, ce sont les tribunaux qui sont désormais chargés d'évaluer la constitutionnalité des mesures législatives et, le cas échéant, de déclarer ces dernières inconstitutionnelles et donc sans effet.

Étant donné l'importance fondamentale des droits et des libertés au sein d'une démocratie libérale, les dossiers relatifs à la *Charte* se retrouvent souvent devant la plus haute cour du pays. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada est appelée, chaque année, à se prononcer sur des dossiers complexes au sein desquels s'opposent des valeurs et des croyances qui semblent parfois tout simplement irréconciliables. Comme il s'agit de la plus haute instance judiciaire du pays, ses décisions sont finales et sans appel, ce qui explique que les décisions ainsi rendues sont très attendues, mais aussi débattues et parfois fortement critiquées. Outre les critiques portant sur le fond de la décision, d'autres visent plutôt la légitimité du processus. Ces dernières portent, d'une part, sur la légitimité de la Cour en tant qu'entité en ce qui concerne la révision de lois adoptées par la législature démocratiquement élue ; c'est la critique à l'encontre de la légitimité du contrôle judiciaire au sein d'une démocratie. D'autre part, ces critiques concernent parfois les juges eux-mêmes et leur capacité à rendre une décision qui ne soit pas entièrement objective ; c'est la critique concernant le processus d'adjudication. Notons que, bien que cette dernière critique puisse être soulevée à l'encontre de tous les types de décisions, elle est fréquente à l'égard des décisions constitutionnelles impliquant la *Charte* pour lesquelles les contraintes interprétatives imposées par la loi semblent moins rigides.

Dans la jurisprudence récente de la Cour, la mise en relation de deux décisions particulières semble aussi ouvrir la porte à un questionnement sur la théorie de l'adjudication des juges qui y siègent. Il s'agit des arrêts *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519, rendu en 1993, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 1 RCS 331 rendu en 2015 (à noter que, pour la suite du mémoire, nous ne référerons à ces décisions que par le nom de l'arrêt). L'intérêt de ces deux jugements dans un questionnement sur la théorie de l'adjudication repose sur le fait qu'il existe une grande similitude entre les faits et le droit applicable dans les deux litiges, mais que l'issue de chacun d'eux est fort différente. En effet, dans l'arrêt *Rodriguez*, la Cour a jugé constitutionnel, à cinq juges contre quatre, l'article 241b) du *Code criminel* qui interdisait à quiconque d'aider une personne à se donner la mort. Selon la majorité, la criminalisation de l'aide au suicide entravait certes le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne prévus à l'article 7 de la *Charte*, mais cette entrave était conforme aux principes de justice fondamentale. Toutefois, dans l'arrêt *Carter*, le verdict des juges fut tout autre. À la lumière des mêmes articles, soit l'article 241b) du *Code criminel* et l'article 7 de la *Charte*, les juges en sont venus à la conclusion que la criminalisation de l'aide au suicide était inconstitutionnelle au motif qu'elle violait le droit à la vie protégé par l'article 7 de la *Charte*. Bref, on se retrouve confronté à deux bancs de juges siégeant à la Cour suprême du Canada et ayant rendu deux décisions opposées alors qu'ils devaient se prononcer sur les mêmes articles de lois applicables à une situation factuelle presque identique. Du point de vue de la philosophie du droit, cette situation soulève la question de savoir s'il existe une théorie de l'adjudication qui permette de justifier cette volte-face de la part de la Cour suprême du Canada.

Parmi les philosophes du droit qui se sont intéressés aux théories de l'adjudication, Ronald Dworkin ressort du lot comme ayant été l'un des philosophes du droit les plus marquants. En effet, la théorie du droit qu'il propose se veut une option de rechange originale à la théorie benthamienne qui faisait office de théorie dominante dans les années soixante et soixante-dix. Cette théorie dominante se caractérise principalement par un appel au positivisme tel que formulé par H.L.A. Hart pour répondre à la question de « Qu'est-ce que le droit ? » ainsi que par son utilisation de l'utilitarisme de Bentham et de Mill pour répondre à la question « Que devrait être le droit ? ». Jugeant que le positivisme n'offre pas

un portrait fidèle de ce qu'est le droit et que l'utilitarisme justifie trop fréquemment que des politiques collectives empiètent sur certains droits fondamentaux, Dworkin formule une théorie du droit, nommée droit-intégrité (law as integrity), qui vise à remédier aux deux lacunes de la théorie dominante. À ses yeux, le droit doit être compris comme une justification du pouvoir coercitif de l'État. Cette justification comporte à la fois une pratique institutionnelle, rejoignant sur ce point les positivistes, mais aussi certains éléments moraux. La combinaison de ces deux composantes implique ainsi une part d'interprétation faisant du droit un processus d'interprétation constructive. L'introduction d'éléments moraux dans la définition du droit offre, selon lui, une image plus fidèle de la réalité puisque les acteurs du droit, qu'ils soient juges, avocats ou juristes, sont souvent appelés à débattre des enjeux moraux sous-jacents au domaine du droit. De plus, Dworkin considère que le processus d'interprétation constructive doit se faire à l'aune des principes de justice, d'équité et d'équité procédurale. Cela lui permet ainsi de substituer la défense des droits individuels et la recherche de cohérence aux principes de l'utilitarisme dans la détermination de ce que devrait être le droit. La théorie du droit élaborée par Dworkin contient aussi une théorie de l'adjudication qui repose sur des bases similaires à celles de sa théorie du droit. Cette théorie dworkinienne de l'adjudication, comme toutes les théories de l'adjudication en général, est une proposition théorique dont l'objectif est de rendre compte de la pratique des juges au sein d'un système de droit donné. Bien qu'elles puissent reposer sur des conceptions différentes du droit, les diverses théories de l'adjudication visent à exposer les enjeux auxquels sont confrontés les juges, mais surtout les réponses qu'ils doivent fournir pour chacun de ces enjeux. Parmi ceux-ci, on retrouve notamment les questions portant sur la possibilité ou non pour le juge de créer du droit, sur la part de subjectivité qui peut être introduite dans l'acte de juger ainsi que sur la finalité de l'activité judiciaire. La théorie de Dworkin se veut une meilleure théorie que celle issue de la théorie dominante, soit le positivisme juridique, en raison de sa plus grande capacité à rendre compte de la pratique réelle des juges [Dworkin, 1978, p. vii]. Pour ce faire, Dworkin analyse certaines décisions complexes issues des tribunaux américains et anglais afin de montrer que lorsqu'ils sont confrontés à des cas difficiles (hard cases), les juges réfèrent certes aux textes de loi, mais aussi aux principes qui sous-tendent le droit. C'est à partir de



cette ligne d'argumentation qu'il présente son juge idéal, le juge Hercule, et le processus d'adjudication qu'est le sien une fois qu'il a accepté le droit-intégrité.

Les arrêts *Rodriguez* et *Carter* s'apparentant à ce que Dworkin considère comme étant des cas difficiles, il est intéressant de se servir du cadre conceptuel de ce dernier pour étudier en profondeur ces deux décisions. C'est d'ailleurs ce qui permet de poser la question qui sera centrale dans le présent mémoire : la théorie de l'adjudication proposée par Ronald Dworkin permet-elle de justifier le changement s'étant opéré au sujet de l'aide médicale à mourir dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ? À notre avis, cette théorie offre bel et bien une justification adéquate de ce revirement jurisprudentiel. En effet, en attirant l'attention sur les principes sous-jacents au droit, la théorie de Dworkin offre des outils d'analyse supplémentaires pour comprendre le droit. C'est ainsi que, à la lumière de la théorie dworkinienne de l'adjudication, une analyse des motifs donnés par les juges dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter* permet de déceler un changement s'étant opéré dans le droit au niveau, plus abstrait, des principes, et ce, malgré une absence de changement au niveau législatif. C'est cette sensibilité aux éléments moraux sous-jacents du droit qui fait de la théorie de l'adjudication de Dworkin une théorie intéressante pour expliquer le traitement judiciaire de l'aide médicale à mourir au Canada.

Afin de répondre à la question de recherche, le présent mémoire sera divisé en trois chapitres. Dans le premier chapitre, il sera question de déterminer le fonctionnement et les particularités de la théorie de l'adjudication de Dworkin. Pour y parvenir, nous présenterons les principales critiques qu'il adresse au positivisme juridique avant de s'intéresser à sa théorie du droit, le droit-intégrité. Une fois cette théorie exposée, nous aborderons la théorie de l'adjudication, provenant du droit-intégrité, que Dworkin offre à titre de solution de rechange au positivisme préalablement critiqué. L'exposition de ces différents éléments permettra ainsi de clarifier le cadre conceptuel de la théorie adjudicative du droit-intégrité. Le deuxième chapitre sera consacré à l'analyse du discours judiciaire dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Cette analyse visera à faire ressortir les éléments théoriques qui balisent le discours des juges de la Cour suprême du Canada dans

ces deux décisions. Alors que l'analyse de chacune des décisions prises individuellement permettra de mettre en lumière le processus d'adjudication constitutionnelle employé par la Cour à deux moments de son histoire, l'analyse de la façon dont les juges ont traité l'arrêt *Rodriguez* au moment de rendre *Carter* permettra de voir comment ces derniers se sentent liés par la jurisprudence de leur propre cour. Finalement, le chapitre trois consistera à comparer la théorie de l'adjudication de Dworkin avec les éléments précédemment mis en lumière dans le discours des juges de la Cour suprême. Ce n'est qu'en ayant effectué cet exercice comparatif que nous pourrons répondre à la question de recherche du présent mémoire. En effet, c'est à cette étape qu'il sera possible d'évaluer s'il existe suffisamment de similitudes entre les deux cadres conceptuels pour affirmer que la théorie de Dworkin rend compte de manière satisfaisante du processus décisionnel des juges de la Cour suprême dans le dossier de l'aide médicale à mourir.

## Chapitre 1 – Droit-intégrité et théorie des droits : le cadre conceptuel de Dworkin

### Introduction du chapitre

Puisque la théorie proposée par Ronald Dworkin est au cœur du questionnement du présent mémoire, il est essentiel de commencer celui-ci par la présentation des éléments fondamentaux de la théorie dworkinienne. Cependant, il serait illusoire de vouloir présenter l'ensemble des propositions théoriques formulées par Dworkin : leur quantité et leur diversité ne le permettent tout simplement pas. En effet, Dworkin a écrit des articles et des ouvrages portant sur de nombreux sujets et touchant tant la philosophie du droit que la philosophie politique et la philosophie morale. Au sein de ses écrits, les différents domaines philosophiques qu'il aborde se côtoient et se recoupent, la philosophie politique et la philosophie morale étant régulièrement mobilisées pour aborder la philosophie du droit et vice-versa. Ces interconnexions culminent en 2011 avec son ouvrage *Justice for Hedgehogs* qui vise à montrer l'unité de ces domaines philosophiques sous la bannière de la morale, la philosophie du droit étant une branche de la philosophie politique et cette dernière étant elle-même une branche de la philosophie morale [Guest, 2013, p. 12]. Cette argumentation vient ainsi renforcer une des prétentions défendues par Dworkin depuis le début de sa carrière, soit l'idée qu'il faille abattre les cloisons érigées entre la morale et le droit. Face à ce vaste projet revendiquant une quinzaine d'ouvrages et plusieurs dizaines d'articles, en plus d'avoir généré des centaines de pages de commentaires, nos visées doivent être plus modestes. Pour cette raison, et pour favoriser la clarté du chapitre, nous concentrerons notre propos sur la théorie de l'adjudication proposée par Dworkin, laquelle commande que l'on présente aussi certaines caractéristiques de la théorie du droit dont elle découle.

Pour cela, nous porterons notre attention sur les écrits de Dworkin relatifs à la philosophie du droit tout en faisant les renvois nécessaires aux autres ouvrages lorsqu'ils apportent un éclairage bénéfique. Aux côtés de *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) et *Justice in Robes* (2006), *Law's Empire* (1986) fait partie des principaux ouvrages de Dworkin qui traitent de philosophie du droit. Cependant, puisque les trois premiers sont des compilations d'articles plutôt que des monographies, nous nous concentrerons sur

l'œuvre maîtresse de Dworkin, *Law's Empire*. Cet ouvrage semble en effet tout indiqué aux fins du présent mémoire puisqu'il constitue la première articulation complète de la théorie du droit dworkinienne et de la théorie de l'adjudication sous-jacente. À noter que, bien qu'une traduction française de *Law's Empire* existe depuis 1994, les citations présentées sont celles tirées du texte original de la version anglaise, version réimprimée en 2016, et ce, dans le but de préserver autant que faire se peut le sens du texte.

Le présent chapitre sera donc divisé en trois sections. Dans la première, nous nous intéresserons au projet général auquel Dworkin s'attèle en philosophie du droit, soit celui d'offrir une théorie du droit qui tient compte de la dimension morale de cette pratique sociale (1). Dans la deuxième section, nous examinerons les spécificités du droit-intégrité, la théorie du droit dworkinienne, dont l'objectif est de pallier les principales lacunes attribuables au positivisme juridique (2). Cet examen constituera un préalable à la présentation de sa théorie de l'adjudication, la théorie des droits, puisqu'elle repose sur des considérations propres au droit-intégrité qui ne se retrouvent pas dans la théorie dominante. Ce n'est qu'une fois les concepts d'interprétation constructive et d'intégrité, concepts enchâssés au sein du droit-intégrité, mieux définis que tous les morceaux seront en place pour la présentation du cadre conceptuel de la théorie de l'adjudication dworkinienne au cours de la troisième section (3).

## **1. Le projet de Ronald Dworkin**

Dès l'introduction de *Taking Rights Seriously*, son premier ouvrage, Dworkin fait part de ses préoccupations en matière de philosophie du droit. Ces dernières sont issues du fait que, à l'époque où il publie cet ouvrage, il considère que la théorie dominante en philosophie du droit n'est pas du tout satisfaisante en regard des questions auxquelles elle prétend répondre, à savoir les questions « Qu'est le droit ? » et « Que devrait être le droit ? ». À la première question, la théorie dominante répond par l'entremise de la théorie positiviste telle que défendue par H.L.A. Hart qui affirme que le droit est « un ensemble de

faits concernant les règles qui ont été adoptées par des institutions sociales spécifiques »<sup>1</sup> [Dworkin, 1978, p. vii]. À la seconde question, la théorie dominante répond selon les grandes lignes de l'utilitarisme de Bentham et de Mill, c'est-à-dire que le droit devrait être ce qui contribue à améliorer le bonheur du plus grand nombre [Dworkin, 1978, p. vii]. Dans les deux cas, Dworkin estime que ces réponses sont insuffisantes puisqu'elles ne fournissent pas un portrait fidèle de la pratique juridique américaine et anglaise. Dans la prochaine sous-section, nous verrons plus en détail en quoi ces deux théories qui forment la théorie dominante en droit sont un reflet incomplet ou déformé de la pratique juridique.

Le droit-intégrité et la théorie des droits ont donc pour objectif de se substituer aux deux volets de la théorie dominante. Selon Dworkin, le droit-intégrité justifie davantage d'éléments de la pratique juridique que ne le fait le positivisme alors que la théorie des droits offre un idéal à atteindre beaucoup plus souhaitable que celui proposé par l'utilitarisme. Si ses théories semblent supérieures au positivisme et à l'utilitarisme, c'est en raison de leur sensibilité à un élément que Dworkin juge fondamental en droit : les principes. Nous commencerons donc notre présentation de ces théories en abordant la source des principes en droit et les caractéristiques que Dworkin leur attribue.

## **1.1 Les *hard cases* en tant que révélateurs de principes**

### **1.1.1 La notion de *hard cases***

Dans l'introduction de *Taking Rights Seriously*, Dworkin présente ce qu'il considère être les deux éléments fondamentaux de toute théorie de l'adjudication. Selon lui,

« [t]he theory of adjudication must also be complex: it must contain a theory of controversy, which sets out standards that judges should use to decide hard cases at law, and a theory of jurisdiction, which explains why and when judges rather than other groups or institutions, should make the decisions required by the theory of controversy » [Dworkin, 1978, p. viii].

---

<sup>1</sup> Notre traduction.

Bien que Dworkin ne présente pas explicitement ni exhaustivement les critères sur lesquels il se base pour définir ce qui constitue un *hard case*, il est tout de même possible de procéder à une reconstruction de ces critères grâce à ce qu'il a écrit à leur sujet. Deux passages sont particulièrement utiles à cette fin. Premièrement, dans l'introduction de *A Matter of Principle*, Dworkin écrit que les « hard cases typically arise, not because there is nothing in the rule book that bears on the dispute, but because the rules that are in the book speak in an uncertain voice » [Dworkin, 1985, p. 13]. De tels cas ne se caractérisent donc pas forcément par l'absence de règles applicables, mais plutôt par un manque de clarté lorsque vient le temps de déterminer de quelle façon la règle doit être appliquée. Deuxièmement, et toujours dans la même lignée, il ajoute que les juristes se retrouvent en présence d'un *hard case* « when no statute figures centrally in the legal issue, and the argument turns on which rules or principles of law 'underlie' the related decisions of other judges in the past » [Dworkin, 1985, p. 159]. Encore une fois, l'élément principal semble être la présence d'une loi qui ne permet pas de déterminer sans équivoque le traitement judiciaire dont une situation donnée doit faire l'objet. Face à une telle situation, le juge que Montesquieu conçoit comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi » exprime, en vain, une loi dont l'application demeure incertaine. Un *hard case* requiert donc des juges qu'ils se tournent vers des éléments autres que les mots tel que couchés noir sur blanc dans la loi afin de rendre une décision.

Une brève analyse des *hard cases*, que Dworkin introduit dès le début de *Taking Rights Seriously*, permet d'en arriver aux mêmes conclusions. C'est ainsi qu'il présente la décision *Riggs vs Palmer* dans laquelle les juges ont été confrontés à un cas où un individu, Elmer, a assassiné son grand-père puisqu'il se savait héritier de celui-ci en vertu de son testament. S'étant fait prendre, Elmer est emprisonné et ce sont les deux héritières suivantes dans l'ordre de succession, les filles du grand-père assassiné, qui demandent à ce que la succession leur revienne plutôt qu'à Elmer. Bien que les mots de la loi pertinente en l'espèce aient été clairs, les juges ont été confrontés à une incertitude quant à l'effet à attribuer à ces mots. Alors que le juge Gray était d'avis qu'il fallait leur donner le sens qu'ils auraient en dehors de tout contexte (il militait en faveur d'une interprétation décontextualisée octroyant la succession à Elmer), le juge Earl argumentait plutôt en faveur

d'une interprétation cherchant l'intention du législateur et une certaine cohérence à l'intérieur des principes du droit, ce qui favorisait les héritières. Finalement, c'est la position du juge Earl qui l'emporta à cinq juges contre deux. Pour Dworkin, ce cas illustre ce qu'est un *hard case* puisque « [i]t was a dispute about what the law was, about what the real statute the legislators enacted really said » [Dworkin, 2016, p. 20]. Le cas dépassait la simple question d'adéquation entre la loi et les faits puisqu'il impliquait des questions d'interprétation et exigeait des décideurs qu'ils mobilisent leur théorie de la législation. Cette nécessité était d'ailleurs le fruit d'une incertitude : puisqu'il était impossible de savoir si les législateurs ayant adopté la loi sur les testaments avaient imaginé un tel cas, les juges devaient déterminer quelle méthode était la bonne pour trancher un tel cas.

Les autres décisions identifiées comme étant des *hard cases* par Dworkin partagent certaines caractéristiques avec l'affaire *Riggs vs Palmer*<sup>2</sup>. Ainsi, dans *Tennessee Valley Authority vs Hill*<sup>3</sup>, les juges étaient aussi divisés quant à savoir quel était véritablement l'effet de la loi bien qu'ils se soient entendus sur leur devoir en tant que juges et l'intention des auteurs de ladite loi [Dworkin, 2016, p. 23]. Dans *McLoughlin vs O'Brian*<sup>4</sup>, la question portait plutôt sur le rôle que devaient jouer les arguments de politique publique dans l'atteinte d'un verdict [Dworkin, 2016, p. 28-29]. Finalement, *Brown vs Board of Education*<sup>5</sup> présente une situation similaire puisque le débat doctrinal qui a suivi la décision portait sur la façon dont il était permis d'interpréter la constitution lorsqu'une situation semblait injuste tout en étant constitutionnelle [Dworkin, 2016, p. 30].

De manière synthétique, on peut affirmer que les *hard cases* correspondent à des problèmes de droit dont la solution ne réside pas, sinon qu'en partie, dans une simple référence au texte de la loi et des précédents pertinents. Aux yeux de Dworkin, une bonne théorie du droit et de l'adjudication doit absolument pouvoir rendre compte de ces références, les justifier et proposer un cadre conceptuel permettant de les intégrer. C'est pour cette raison

---

<sup>2</sup> *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

<sup>3</sup> *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 15 (1978).

<sup>4</sup> *McLoughlin v. O'Brian* [1983] 1 A.C. 410, reversing [1981] Q.B. 599.

<sup>5</sup> *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 486 (1954).

qu'il met l'accent sur une distinction qui s'avérera essentielle à l'ensemble de sa théorie, soit la distinction dans une communauté politique entre les règles, les politiques et les principes. C'est d'ailleurs le rôle prépondérant qu'il accordera par la suite aux principes qui distingue la théorie de Dworkin des autres théories et qui lui confère son caractère distinctif.

### **1.1.2 Différenciation entre règles, principes et politiques chez Dworkin**

Dans son analyse de la jurisprudence, et plus particulièrement lorsqu'il discute de cas difficiles, Dworkin affirme que les juges et les juristes ne se limitent pas à argumenter uniquement en termes de règles [Dworkin, 1978, p. 22]. En effet, ils ont aussi recours à des principes et des politiques qui sont des standards dont le mode de fonctionnement diffère de celui des règles [Honeyball et Walter, 1998, p. 3]. Dworkin définit les notions de principe et de politique ainsi :

« I call "policy" that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a "principle" a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality » [Dworkin, 1978, p. 22].

Les politiques et les principes se distinguent, entre eux, sur la base de ce qu'ils défendent. Alors qu'une politique est assimilable à un but qu'une communauté décide de se fixer, un principe doit plutôt être vu comme une exigence issue de la morale ; alors que l'un est de nature politique, l'autre est de nature morale. Formulé autrement, principe et politique sont deux types de propositions dont l'objet diffère, le premier décrivant des droits détenus par les individus et le second décrivant plutôt des buts [Dworkin, 1978, p. 90]. Les arguments qui peuvent en être tirés varient donc corrélativement : les arguments de politiques visent à établir un but qui, s'il était poursuivi par la communauté, placerait cette dernière dans une meilleure position ; les arguments de principes visent plutôt à faire renoncer la



communauté à un programme au motif qu'il empiète sur les droits de certains individus particuliers [Dworkin, 1978, p. 90 ; Dworkin, 1985, p. 2-3 ; Perry, 1997, p. 788].

Ces deux types de standards coexistent avec les règles et sont régulièrement amenés à interagir dans le discours des juristes. Reprenant la décision *Riggs vs Palmer* sur l'héritier ayant assassiné son grand-père, Dworkin montre que les notions de règles et de principes se côtoient : alors que les règles en matière de testament étaient claires (la succession devait appartenir à l'assassin), le recours au principe selon lequel « nul ne peut profiter du mal qu'il cause volontairement » a eu pour effet de teinter le verdict final [Dworkin, 1978, p. 23 ; Guest, 2013, p. 41]. Cependant, bien que les principes puissent, comme les règles, avoir une influence sur le résultat d'une décision judiciaire, cela ne signifie pas pour autant qu'ils fonctionnent de la même façon qu'elles. Pour Dworkin, il s'agit d'une distinction importante entre les deux. Les règles possèdent une application de type tout ou rien, c'est-à-dire que si les faits en cause correspondent aux conditions d'application de l'une d'entre elles, elle doit s'appliquer absolument ; les principes, pour leur part, possèdent plutôt un « poids », c'est-à-dire qu'ils peuvent militer en faveur d'une décision ou d'une autre sans pour autant dicter ou imposer ladite décision [Dworkin, 1978, p. 24-25 ; Honeyball et Walter, 1998, p. 4 ; Perry, 1997, p. 787-788]. À noter que, bien que les politiques et les principes aient des sources distinctes, ils possèdent une application similaire, les politiques possédant aussi cette dimension de poids par laquelle elles influencent une décision sans pour autant en déterminer l'issue [Dworkin, 1978, p. 26]. C'est d'ailleurs cette dimension de poids qui permet à différents principes ou politiques parfois en opposition de coexister. En effet, deux lois qui se contredisent donnent naissance à un conflit de lois devant être résolu à la faveur de l'une ou de l'autre selon différentes stratégies interprétatives ou conventions juridiques : le conflit de règles trouve donc sa solution au niveau de la validité [Côté, 2009, p. 405, 408]. À l'inverse, un conflit de principes (ou de politiques) donne plutôt lieu à un autre genre d'exercice, soit un exercice d'évaluation du poids des principes afin de déterminer lequel doit avoir une plus grande influence [Dworkin, 1978, p. 27]. Ainsi, « [t]he man who must decide the problem is therefore required to assess all of the competing and conflicting principles that bear upon it, and to make a resolution of these principles rather than identifying one among others as "valid" » [Dworkin, 1978, p. 72].

La façon dont les juges doivent attribuer différents poids aux principes qui se présentent à eux sera d'ailleurs abordée dans la section portant sur la théorie de l'adjudication de Dworkin, soit la section 3.

Ayant esquissé un portrait très général de la notion de principe, il est possible de chercher à la préciser davantage en s'arrêtant à certaines de ses caractéristiques et à son rôle. Une première précision majeure concerne l'attention que les juges doivent porter aux principes. Ainsi, bien que leur fonctionnement diffère de celui des règles (pondération du poids par opposition à une application de type tout ou rien), il faut se garder de croire que seules les dernières possèdent une force contraignante. En effet, tant les règles que les principes lient les juges lorsque ces derniers sont appelés à rendre une décision [Dworkin, 1978, p. 29]. Une décision à laquelle parvient un juge en omettant de considérer un principe applicable serait donc sujette aux mêmes types de critiques que le serait un juge ayant omis de considérer une règle de droit.

Une deuxième précision importante porte sur l'utilité des principes. En effet, outre le fait que les principes puissent constituer des arguments en faveur d'une décision ou d'une autre, quel est l'intérêt de formuler une théorie du droit qui en tient compte ? Pour Dworkin, cet intérêt provient du fait que les principes jouent un rôle primordial en agissant à titre de justifications des autres types de standards faisant partie du système juridique [Dworkin, 1978, p. 66]. Il précise que « a principle is a principle of law if it figures in the soundest theory of law that can be provided as a justification for the explicit substantive and institutional rules of the jurisdiction in question » [Dworkin, 1978, p. 66]. Les principes que Dworkin identifie comme faisant partie du droit sont donc ceux qui permettent de justifier les règles propres à un système juridique. De tels principes fournissent ainsi la raison d'être des règles et agissent à titre de pont entre, d'une part, les règles qui composent un système juridique donné, et, d'autre part, les préoccupations politiques et morales de la communauté qui ont mené à l'adoption des règles juridiques qui forment le système de droit de la communauté. Gilles et Labayle soulignent ce rôle primordial et écrivent que les principes agissent à titre de véritables « passerelles » entre le système juridique,

comprenant des exigences techniques spécifiques, et la sphère des valeurs, liée au politique et à la morale [Gilles et Labayle, 2012, p. 315]. Dans leurs mots,

« [1] a valeur, par rapport au principe, se démarque par son inspiration davantage intellectualisée, et à la part d'adhésion plus forte. Il en découle une portée à la fois plus large et une autorité morale mieux affirmée, mais dans le même temps une détermination moindre. Au contraire, les principes, plus techniques et à la vocation opératoire et structurelle, se montrent sans doute plus rapidement et aisément intégrables à un système juridique. Ils constituent, à ce titre, de véritables passerelles pour les valeurs afin d'accéder au droit et bénéficient donc d'une légitimité et d'une autorité pratiques » [Gilles et Labayle, 2012, p. 315].

Les principes se démarquent des règles par leur aspect ouvert, moins déterminé, qui correspond mieux à la sphère de la morale par opposition à l'application binaire des règles, plus appropriée à la rigidité des systèmes juridiques [Gilles et Labayle, 2012, p. 335]. Ainsi, en raison de la souplesse qu'ils confèrent au processus de délibération les concernant, les principes constituent un véhicule de choix pour jouer le rôle de justification des normes légales [Dworkin, 1978, p. 66 ; Gilles et Labayle, 2012, p. 337]. Tant Dworkin que Gilles et Labayle s'accordent aussi pour affirmer que les principes ont leur source à l'extérieur de la sphère légale, mais qu'ils en forment néanmoins une partie intégrante et qu'ils doivent faire l'objet d'une juridicisation [Dworkin, 1978, p. 68 ; Gilles et Labayle, 2012, p. 338 et 351].

Pour conclure cette sous-section, ajoutons simplement deux remarques sur les caractéristiques des principes. Tout d'abord, Dworkin reconnaît aux principes la possibilité d'être controversés [Dworkin, 1978, p. 65]. Plus précisément, c'est le poids à accorder aux différents principes qui peut faire l'objet d'une controverse, différentes personnes raisonnables pouvant donc être en désaccord quant à la primauté qu'il faut donner à deux principes en conflit. Ces désaccords relatifs au poids d'un principe n'empêchent toutefois pas ce dernier d'être considéré comme faisant partie du système juridique. Ensuite, Dworkin estime que les principes ont aussi la possibilité d'être nouveaux dans le discours juridique : le fait qu'un principe latent soit invoqué pour la première fois par un juge ou un avocat ne le disqualifie pas d'office sous prétexte qu'il ne constitue pas une pratique

judiciaire établie [Dworkin, 1978, p. 65]. Il est certes plus facile d'octroyer un poids plus important à un principe établi, mais le droit manifeste une ouverture à la mise en lumière de principes différents déjà présents dans le système juridique, et ce, afin de s'adapter aux changements sociaux susceptibles de survenir au sein de la communauté.

En résumé, nous pouvons dire que l'argumentation de Dworkin que nous avons exposée tout au long de cette section se déploie en deux temps. Premièrement, c'est une démonstration de l'existence d'éléments qu'il nomme principes dans le discours des acteurs du droit. Ces principes sont primordiaux puisqu'ils sont la passerelle par laquelle la morale et les valeurs de la communauté peuvent se frayer un chemin dans la sphère juridique. Ils peuvent alors fournir de précieuses informations aux juges lorsque ces derniers sont appelés, par exemple, à déterminer l'effet d'une règle ou la conception des droits et libertés qui doit être retenue comme étant la bonne [Bégin, 1997, p. 421]. Deuxièmement, c'est une réfutation, construite sur la reconnaissance des principes, de la théorie positiviste en tant que meilleure explication de la pratique juridique au motif qu'elle n'est pas apte à intégrer la notion de principe à son discours. En raison de leur rôle essentiel, toute bonne théorie ne saurait les ignorer, mais c'est ce que fait le positivisme ; il semble donc, *prima facie*, incomplet en tant qu'explication de la pratique juridique. Ces éléments ayant été établis, Dworkin est désormais en mesure de passer à la deuxième étape de son projet, soit celle consistant à proposer une nouvelle théorie du droit, plus fidèle à la pratique, puisque mieux à même de rendre compte de l'importante dimension morale du droit.

## **2. La théorie du droit dworkinienne : Le droit-intégrité**

Le rejet du positivisme par Dworkin est dû au fait que le positivisme construit une philosophie du droit qui vise à exclure du droit toute considération issue de la moralité. Comme la théorie de Dworkin est construite en opposition au positivisme, il est pertinent d'expliquer brièvement le fonctionnement de ce dernier que Dworkin critique fortement. C'est la version du positivisme juridique tel que formulé par Hart qu'il sera ici question d'exposer puisque c'est à cette version que Dworkin s'attaque.

Le positivisme juridique tel que défendu par Hart repose sur l'idée que tout système de droit suffisamment développé contient deux types distincts de règles, les règles primaires et les règles secondaires [Donato, 1988, p. 1526 ; Hart, 1963, p. 91]. Dans les mots de Hart « while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves » [Hart, 1963, p. 92]. Les règles primaires sont les règles qui imposent des devoirs et des obligations, et donc qui dictent les comportements à adopter, alors que les règles secondaires sont plus procédurales, visant plutôt à favoriser le fonctionnement harmonieux des règles primaires. Les règles secondaires agissent en quelque sorte à titre de métarègles. Pour Hart, les sociétés juridiquement moins développées se contentent de règles primaires, mais cela vient au prix de plusieurs désagréments, soit l'incertitude quant aux règles, le caractère statique des règles et une certaine forme d'inefficacité dans l'application desdites règles [Hart, 1963, p. 90-91]. Or, l'introduction de règles secondaires agit comme un remède à l'encontre de ces maux. Alors que des règles secondaires d'adjudication établissent qui est responsable d'établir les manquements aux règles primaires et la coercition à exercer, des règles secondaires de changement définissent la procédure à suivre pour modifier les règles primaires ; ces deux types de règles secondaires remédient ainsi aux maux d'immobilisme et d'inefficacité [Donato, 1988, p. 1526 ; Hart, 1963, p. 92]. L'autre type de règles secondaires est en fait une règle unique, la règle de reconnaissance, qui vise à corriger les problèmes d'incertitude. Plus précisément, la règle de reconnaissance établit une procédure législative donnée qui permet de considérer une loi qui la respecte comme constituant du droit valide. [Donato, 1988, p. 1526 ; Hart, 1963, p. 92]. La règle de reconnaissance vient donc régler le problème d'incertitude quant à ce qui constitue du droit puisqu'il suffit, pour une règle donnée, de vérifier si elle passe le test imposé par la règle de reconnaissance. Tous les énoncés qui ne satisfont pas le test prévu par la règle de reconnaissance ne constituent pas des règles de droit valides. Une communauté dotée d'une telle règle est donc en mesure de déterminer l'ensemble des règles primaires qui la régissent et, au besoin, d'en ajouter des nouvelles.

Dworkin remet cependant en question la portée que Hart attribue à la règle de reconnaissance. Pour Dworkin, le droit ne se limite pas qu'à ce qui a été adopté en vertu de la procédure prévue par la règle de reconnaissance. La preuve de cette insuffisance est fournie par les principes qui, en raison de leurs caractéristiques et leur fonctionnement particuliers, notamment le fait qu'ils sont décrits en partie par des termes normatifs, échappent au recensement de la règle de reconnaissance [Perry, 1997, p. 810]. Puisqu'il soutient que les principes font partie du système juridique américain et anglais (la jurisprudence tendant à confirmer cette affirmation) et que la règle de reconnaissance hartienne ne peut que rendre compte des règles, il juge incomplet le portrait du droit qu'elle offre [Dworkin, 1978, p. 22]. Le premier problème du positivisme serait donc son incapacité à considérer avec suffisamment de finesse les différentes composantes du droit. Ainsi, là où les positivistes tels que Kelsen et Hart voient un avantage à rendre le droit imperméable aux valeurs et autres considérations morales (c'est l'apogée de la science juridique), Dworkin y voit plutôt une lacune qui occulte une partie essentielle de la pratique, soit les nombreux recours à la moralité que les juges sont appelés à faire pour justifier leurs décisions.

Le recours à la notion de principe tend aussi à affaiblir le positivisme, qui n'y réfère pas. Selon les positivistes, les désaccords qui surviennent entre les acteurs du droit sont le fruit d'un imbroglio. En effet, les acteurs du droit utilisent les mêmes concepts, mais ne les comprennent pas de la même façon, ce qui explique leur divergence d'opinions [Dworkin, 2016, p. 41-42]. Leurs conflits sont donc factuels et propres à chaque cas qui se présente : ce qui est contesté, ce ne sont pas les fondements du droit, qui font l'objet d'un accord commun, mais simplement les conditions d'application du droit aux faits singuliers. Or, pour Dworkin, les dissidences et les désaccords révèlent que la source des conflits est parfois plus profonde que ce que pensent les positivistes. Dans certaines décisions qu'ils utilisent comme autant de « cas pivots », Dworkin est d'avis que les juges sont en désaccord sur ce qui doit être considéré comme du droit ; ce sont les fondements mêmes du droit qui sont matière à débat et cette option n'est pas considérée par le positivisme [Shapiro, 2007, p. 41]. Une théorie du droit suffisamment fine doit donc être en mesure de différencier deux types de *hard cases*. Le premier type regroupe les cas jugés difficiles parce que les

juges ne s'entendent pas sur la question de savoir si les conditions fixées par les fondements du droit sur lesquelles ils s'entendent sont remplies : il s'agit des cas de désaccord empiriques que reconnaissent les positivistes [Honeyball et Walter, 1998, p. 33 ; Shapiro, 2007, p. 41]. Le deuxième type de *hard cases* cependant regroupe les cas pour lesquels les acteurs du droit sont en désaccord quant aux fondements du droit : dans de tels cas, il s'agit plutôt de désaccords théoriques et le positivisme n'en traite d'aucune manière [Dworkin, 2016, p. 41 ; Honeyball et Walter, 1998, p. 33]. Si le positivisme n'en fait pas mention, c'est parce que de tels cas mobilisent les théories de moralité politique des juges et que le positivisme fait l'impasse sur cette dimension du droit.

Bien que la première critique de Dworkin à l'encontre du positivisme ait été formulée dans *A Matter of Principle* et que la deuxième l'ait été dans *Law's Empire*, elles possèdent de nombreuses ressemblances. Dans les mots de Shapiro,

« [b]oth characterize positivism as committed to a Pedigree Thesis. Both claim that positivism cannot explain judicial behavior in hard cases. And both maintain that the proper explanation for such behavior involves understanding judges looking to morality to resolve legal matters at hand » [Shapiro, 2007, p. 40].

Les deux critiques soulignent ainsi l'incapacité du positivisme à traiter les cas difficiles. La première le fait en montrant qu'il manque quelque chose dans la lecture positiviste du droit, soit les principes, alors que la seconde le fait en expliquant les raisons de ce manque [Honeyball et Walter, 1998, p. 43]. Toutes deux concordent cependant à montrer la nécessité de proposer une théorie qui offre un portrait plus fidèle de la pratique. C'est avec ces considérations en tête que Dworkin propose une théorie originale, le droit-intégrité, qui vise à pallier les lacunes explicatives du positivisme. Une présentation sommaire des caractéristiques principales de la théorie du droit-intégrité s'avère ici nécessaire pour faciliter l'exposition de la théorie adjudicative qui en découle. Une telle présentation sera donc préférée à une présentation plus exhaustive qui, bien que plus complète et donc complexe, aurait pour effet de nous éloigner de la théorie adjudicative. Nous ne présenterons donc que deux éléments principaux, soit le caractère d'interprétation

constructive que Dworkin attribue au droit (2.1) et une brève explication du fonctionnement de la théorie du droit-intégrité (2.2).

## **2.1 Le droit en tant qu'interprétation constructive**

### **2.1.1 *Tabula rasa* : Qu'est-ce que le droit ?**

Ayant montré les lacunes du positivisme, Dworkin souhaite repartir de la base et élaborer une nouvelle théorie du droit. La première étape consiste à identifier la nature du droit. Pour Dworkin, il s'agit d'un phénomène social qui, comme toute pratique sociale, est de nature argumentative [Dworkin, 2016, p. 13 : Postema, 2004, p. 293]. Cela signifie pour lui qu'il est possible de l'étudier à partir de deux perspectives distinctes, soit la perspective externe, propre aux observateurs, et la perspective interne qui est l'apanage des juges et autres acteurs du droit : c'est de cette dernière que Dworkin souhaite discuter [Allan, 2009, p. 709-710 ; Dworkin, 2016, p. 13-14].

La deuxième étape consiste à définir, ou du moins à circonscrire, ce qu'il entend par le concept de droit. Pour y parvenir, Dworkin emploie une distinction entre les notions de concept et de conception qu'il est pertinent d'expliquer brièvement [Dworkin, 2016, p. 71]. Un concept est ce qui permet de déterminer les traits généraux d'une notion sur lesquels la majorité des interlocuteurs s'entendent et qui permet de s'assurer que deux individus qui parlent d'égalité, par exemple, parlent tous deux d'un principe paramétrant le traitement ou la distribution de biens qu'il convient d'accorder à chacun afin d'obtenir une distribution juste. Les conceptions, pour leur part, constituent les différentes incarnations que peut prendre un concept [Brink, 2016, p. 280]. Deux personnes qui partagent le concept d'égalité peuvent en avoir des conceptions différentes, l'un estimant que l'égalité signifie une distribution identique des biens entre tous et l'autre préconisant plutôt une distribution sur la base du mérite. La différence entre concept et conception réside dans le degré d'abstraction moindre dont jouissent les conceptions [Honeyball et Walter, 1998, p. 47]. Pour Dworkin, le concept de droit réfère à ce qui constitue à la fois le guide et les contraintes qui dirigent l'exercice de la coercition étatique à l'égard des citoyens et qui



provient des décisions politiques passées [Dworkin, 2016, p. 93]. Toujours selon ce concept, le droit reconnaît que les gouvernements sont une concentration de la force collective et qu'ils poursuivent différents objectifs. Le droit a donc comme rôle d'encadrer l'utilisation de cette force en définissant les droits et les responsabilités des citoyens, ces droits et responsabilités prévoyant les cas où la force collective ne peut pas être mobilisée contre un individu (droit) et ceux où elle doit légitimement l'être (responsabilité non exécutée) [Dworkin, 2016, p. 93]. Dans le même ordre d'idées, Dworkin écrit que ces droits et ces responsabilités constituent des justifications à l'usage ou à la retenue du pouvoir de coercition : le droit peut donc être compris comme la justification qui unit les décisions politiques du passé à l'usage actuel de la coercition dans la communauté [Dworkin, 2016, p. 97-98].

Les différents éléments sur la nature et sur le concept de droit soulevés par Dworkin expliquent la place primordiale qu'il confère à l'interprétation lorsqu'il est question de droit. En effet, il considère le droit comme une pratique sociale argumentative et il souhaite étudier celle-ci du point de vue interne, soit celui qu'adopte un acteur impliqué dans cette pratique sociale. Inévitablement, un acteur impliqué dans une pratique argumentative sera donc appelé à interpréter cette pratique afin d'en développer la meilleure conception qui soit. Selon Dworkin, c'est justement là le rôle des juges et c'est pourquoi il est essentiel de s'arrêter sur la conception de l'interprétation qu'il défend si l'on veut comprendre adéquatement le rôle de ces derniers.

### **2.1.2 L'interprétation constructive**

Avant de présenter le droit-intégrité, il faut donc s'arrêter sur la notion d'interprétation telle que défendue par Dworkin. Selon lui, il existe différents types d'interprétations applicables à différents contenus. Ainsi, il existe un type d'interprétation dédié aux conversations, un autre type concernant l'interprétation de données scientifiques et un dernier que l'on peut associer à l'art et aux pratiques sociales nommé « interprétation créative » [Dworkin, 2016, p. 50 ; Guest, 2013, p. 72]. La distinction que Dworkin opère entre les trois repose sur le contenu qui fait l'objet d'une interprétation : l'interprétation créative « aim to interpret

something created by people as an entity distinct from them rather than what people say, as in conversational interpretation, or events not created by people, as in scientific interpretation » [Dworkin, 2016, p. 50]. Bien que l'interprétation créative soit parfois assimilée à de l'interprétation conversationnelle, interprétation dont le but est de déterminer l'intention de l'auteur du contenu, Dworkin insiste pour les distinguer. En effet, il existe une différence fondamentale entre les deux : alors que l'interprétation conversationnelle vise à identifier l'intention de l'auteur, l'interprétation créative s'intéresse plutôt à l'intention de l'interprète. En fait, l'interprétation créative, ou interprétation constructive, cherche plutôt à imposer un sens à un objet ou une pratique afin de montrer ce dernier sous son meilleur jour [Dworkin, 2016, p. 52]. Cependant, le sens ainsi imposé n'est pas entièrement laissé au choix de l'interprète : il existe des exigences imposées par le contexte et l'histoire de la pratique ou de l'objet qui contraignent le sens qu'il est possible de lui accoler. L'interprétation constructive doit donc être comprise comme un processus de construction qui prend place à l'intérieur de certaines limites, toute interprétation devant posséder une dimension descriptive et une dimension prescriptive (respectivement nommées compatibilité et justification) [Honeyball et Walter, 1998, p. 55].

Les juristes qui interprètent le droit de leur communauté se retrouvent ainsi dans la position de citoyens procédant à une interprétation constructive d'une pratique sociale donnée. Ils ne font pas qu'identifier mécaniquement ce qu'est le droit pour ensuite le considérer comme figé. En raison de leur position, ils se retrouvent plutôt à adopter une attitude interprétative qui comprend deux volets [Dworkin, 2016, p. 47]. D'une part, ils reconnaissent que le droit possède une certaine valeur, une raison d'être puisqu'il remplit certains objectifs. D'autre part, ils conçoivent que le droit peut être appelé à changer, que les règles qu'il fixe actuellement ne sont pas forcément exhaustives ou suffisantes. L'interprétation constructive du droit, qui prend place dans une communauté adoptant une attitude critique à l'égard de cette pratique sociale, est donc un procédé dynamique que Dworkin découpe en trois étapes [Dworkin, 2016, p. 65-66]. La première est l'étape dite « préinterprétative ». Au cours de celle-ci, les acteurs du droit tentent simplement de déterminer l'ensemble des règles applicables au cas en cause et cette étape se caractérise

par l'important niveau de consensus qu'elle commande (et qu'elle rencontre généralement). La deuxième étape constitue l'étape interprétative. C'est à ce moment que les acteurs du droit s'interrogent sur la valeur de leur pratique et sur le fait de savoir si elle vaut la peine d'être maintenue [Dworkin, 2016, p. 66]. C'est à cette étape que l'argumentation en faveur ou en défaveur des règles ou pratiques identifiées au stade préinterprétatif prend place. La dernière étape, l'étape « postinterprétative », correspond au moment où l'interprète ajuste sa compréhension de ce que la règle ou la pratique exige réellement : la pratique se « replie sur elle-même » et change si le besoin d'un tel changement s'est manifesté à l'étape interprétative [Guest, 2013, p. 70]. Cette étape est rendue possible uniquement parce qu'elle survient après les deux autres : une fois les règles et pratiques identifiées puis justifiées de la meilleure manière possible, il est possible que certaines règles ou pratiques soient rejetées, au motif qu'elles ne sont pas cohérentes avec la justification, ou encore, qu'il apparaisse nécessaire d'ajouter de nouvelles règles mieux alignées avec la justification identifiée lors de la deuxième étape. À noter qu'il est possible de distinguer la meilleure interprétation que l'on puisse légitimement faire de la pratique de l'idéal qu'on souhaiterait la voir atteindre, c'est-à-dire qu'il est possible d'affirmer qu'une interprétation donnée montre la pratique sous le meilleur jour qu'elle peut espérer recevoir sans toutefois que ce meilleur jour ne parvienne à atteindre un idéal de justice quelconque par exemple [Guest, 2013, p. 67]. Bien que tous les acteurs du droit n'aient pas recours de manière aussi distincte à ce processus, il constitue néanmoins un outil analytique intéressant pour expliquer comment le contenu de la pratique peut être lié à la justification de cette dernière [Dworkin, 2016, p. 48].

Des trois étapes présentées au paragraphe précédent, il faut retenir un élément essentiel : pour Dworkin, l'interprétation est elle-même interprétative [Ripstein, 2007, p. 10, 14]. À ses yeux, il n'existe pas une position externe, archimédienne, par l'entremise de laquelle il est possible d'interpréter un texte ou une pratique sociale sans en faire partie soi-même. C'est la raison pour laquelle l'interprétation de la pratique du droit doit se faire par les acteurs du droit et les membres de la communauté au sein de laquelle elle prend place. En soit, cette pratique sociale contient en elle-même l'ensemble des propositions et des affirmations qui la concernent et c'est aux participants, par l'entremise d'un processus

constant d'interprétation, de définir chaque fois ce que signifie cette pratique, ce qu'elle vaut et ce qu'elle commande [Ripstein, 2007, p. 13].

Notons, avant de clore cette sous-section, que l'interprétation constructive défendue par Dworkin s'oppose presque en tous points aux objectifs que s'étaient fixés les principaux juristes positivistes que sont Kelsen et Hart. Comme le fait judicieusement remarquer Donato, Dworkin insiste sur l'unité existante entre faits et valeurs alors que Kelsen et Hart les considèrent comme irrémédiablement distincts ; là où Dworkin mise sur un interprète adoptant le point de vue interne et s'inscrivant au sein même de la pratique qu'il interprète, Kelsen et Hart en font un observateur neutre et détaché ; finalement, la subjectivité que Dworkin considère comme essentielle à l'activité interprétative est rejetée par Kelsen et Hart au profit d'une recherche d'objectivité [Donato, 1988, p. 1535]. Ces distinctions permettent ainsi d'anticiper quelque peu les critiques que Dworkin formule à l'égard de la théorie positiviste de l'adjudication que nous étudierons après la présentation du droit-intégrité.

## **2.2 Le droit-intégrité**

Dworkin fait du droit une justification liant les décisions politiques prises par la communauté dans le passé et l'utilisation actuelle de la coercition. Il explique ensuite les désaccords théoriques entre les juristes comme résultants des divergences existantes entre les différentes justifications possibles de l'utilisation de la coercition. Puisque chaque conception du droit offre une justification différente, la tâche consiste à trouver la meilleure justification, c'est-à-dire celle qui offre l'image la plus complète et la plus fidèle de la pratique. Pour Dworkin, cette meilleure image est fournie par le droit-intégrité. Nous présenterons donc ce que Dworkin entend lorsqu'il évoque la notion d'intégrité (2.2.1) avant de nous intéresser aux grands axes qui régissent le fonctionnement du droit-intégrité (2.2.2).

### **2.2.1 La notion d'intégrité**

La notion d'intégrité est introduite dans la conception du droit de Dworkin par le truchement de son argumentaire portant sur les avantages de procéder à la personnification de la communauté [Dworkin, 2016, p. 170-172]. Soulignant que la pratique courante reconnaît une « personnalité » aux entreprises (c'est le fondement même de la notion de personne morale), Dworkin souhaite montrer qu'une telle pratique peut être appliquée à une communauté politique et qu'elle permet de mieux comprendre les décisions de celle-ci. Une fois ce procédé heuristique accepté, il est possible de prétendre que la communauté possède des principes et pose des actions et ce, qu'il y ait ou non consensus parmi les citoyens quant à ces principes ou actions [Postema, 2004, p. 294]. On peut dès lors analyser les actions de la communauté comme bonnes ou mauvaises ou encore, comme conformes ou non conformes à ses principes. La notion d'intégrité intervient à ce stade de la personnification puisque c'est elle qui exige que la communauté montre de la cohérence au sein de l'ensemble de ses principes, de l'ensemble de ses actions et dans la façon dont les actions correspondent aux principes [Dworkin, 2016, p. 172 ; Postema, 2004, p. 294]. Bien que l'intégrité dont fait preuve la communauté se distingue de l'intégrité attribuée à certains individus, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit du même concept dans les deux cas. L'intégrité propre à la communauté se trouve toutefois à assumer plusieurs rôles distincts, mais complémentaires qui ne s'applique pas à l'intégrité personnelle : elle joue notamment une fonction d'unification en incitant les membres de la communauté à considérer les principes de cette dernière comme s'intégrant au sein d'un schème politique cohérent ; elle invite les citoyens à comprendre leurs droits et leurs obligations comme dépassant les simples règles écrites et s'inscrivant au sein d'un tout cohérent ; elle permet de lier les décisions politiques du passé aux actions actuelles de la communauté [Postema, 2004, p. 294-295]. L'intégrité est donc une notion-clé qui permet de faire d'un ensemble disparate d'individus, de droits, de devoirs et d'actions une communauté unifiée. Cette communauté sera vue comme agissant avec intégrité si ses actions peuvent être perçues comme étant cohérentes avec une quelconque vision morale défendable [Hershovitz, 2006, p. 113-114].

De manière plus ciblée, Dworkin identifie deux types d'intégrité politique, soit le principe d'intégrité législative et le principe d'intégrité adjudicative [Dworkin, 2016, p. 176]. Le premier concerne les législateurs et impose à ces derniers l'obligation de prendre des décisions qui sont, dans l'ensemble, moralement cohérentes. Le second vise plutôt les juges et demande que ces derniers considèrent la loi comme étant cohérente dans l'interprétation qu'ils en font. Le second type sera traité dans la section 3 et c'est donc sur le principe législatif que nous porterons notre attention pour le moment puisque Dworkin se sert de ce principe pour définir l'intégrité et montrer qu'elle est bel et bien à l'œuvre au sein des différentes communautés politiques. Ainsi, au sein d'une communauté, Dworkin fait de l'intégrité un idéal politique, au même titre que la justice et l'équité [Dworkin, 2016, p. 178]. Il découle de ce statut que l'intégrité peut parfois entrer en conflit avec la justice et l'équité. Conséquemment, dans certains cas, il faudra préférer l'intégrité à la justice ou à l'équité et vice-versa, dans un équilibre qui dépendra chaque fois de la situation en cause.

Si l'intégrité mérite une place aux côtés de principes aussi fondamentaux que la justice et l'équité, c'est qu'elle est déjà à l'œuvre sans que nous en soyons conscients [Postema, 2004, p. 293]. Une simple démonstration suffit en effet pour la mettre en évidence : c'est l'argument du rejet des solutions de compromis qui va comme suit. Dans nos communautés, il arrive que certaines situations divisent la population. Par exemple, la question de l'avortement ne fait pas consensus, certains s'y opposant farouchement alors que d'autres le défendent avec vigueur. Pour Dworkin, le principe de justice n'interdirait pas que la solution adoptée en soit une de compromis interne qui prendrait la forme suivante : si 50 % de la population est en faveur de l'avortement et l'autre 50 % en défaveur, alors seulement 50 % des demandes d'avortement seront acceptées, les autres étant rejetées [Dworkin, 2016, p. 179-180]. Le principe d'équité serait aussi respecté par une telle solution, chaque membre de la population ayant reçu une possibilité égale de se prononcer et de faire partie du 50 % qui bénéficie d'un avortement. Pourtant, de telles décisions de compromis internes sont généralement écartées. L'analyse de la pratique de nos communautés semble montrer une ouverture aux débats entre différents programmes législatifs, mais pas à une application partielle ou mitigée de ceux-ci. Selon Dworkin, ce rejet vient de la réticence qui existe à adopter des solutions de compromis ayant pour effet

de montrer de l'incohérence [Dworkin, 2016, p. 183-184 ; Green, 2004, p. 274 ; Smith, 2006, p. 122]. Ces solutions sont incohérentes puisqu'il est difficile, voire impossible, d'en rendre compte en termes de principes, le compromis exigeant d'articuler des principes contradictoires, violant la cohérence qu'affiche la communauté. Selon Dworkin, ce malaise face aux solutions de compromis fournit le même genre d'informations que le faisait le comportement des corps célestes orbitant autour de Neptune avant qu'elle ne soit découverte : il nous indique qu'il existe une force à l'œuvre qui, une fois découverte, permet d'expliquer le comportement de ce qui gravite autour. Cette Neptune, c'est le principe d'intégrité [Dworkin, 2016, p. 183]. C'est donc en raison de l'importance accordée à ce principe d'intégrité que les solutions de compromis sont généralement honnies. Qui plus est, dans les cas où justice et équité s'opposent, ce principe effectue une forme de médiation entre les deux et évite ainsi d'avoir recours à un simple compromis [Guest, 2013, p. 78].

Ce principe d'intégrité n'est cependant pas absolu. Comme c'est le cas pour la justice et l'équité, il peut être appelé à céder sa place au bénéfice de l'un des deux autres principes [Dworkin, 2016, p. 217]. Un tel écart est certes condamnable du point de vue de l'intégrité, mais est parfois justifié par un gain plus important du point de vue de la justice ou de l'équité. Ce type d'intégrité est d'ailleurs ce que Dworkin nomme l'intégrité inclusive puisqu'elle prend place à l'intérieur d'un système juridique et exige que le juge prenne en considération les autres dimensions du système de justice au sein d'un exercice d'équilibre [Dworkin, 2016, p. 405]. Cet exercice s'avère nécessaire puisque, en référant à l'intégrité inclusive, le juge répond à la question de ce qu'est le droit. À l'inverse, l'intégrité qui n'est pas contrainte ou limitée par les autres composantes du système judiciaire est ce que Dworkin nomme l'intégrité pure [Dworkin, 2016, p. 405]. Celle-ci correspond davantage à l'intégrité à laquelle les juges réfèrent pour répondre à la question de ce que devrait être le droit, d'où sa dimension abstraite et dégagée des contraintes.

Ajoutons que l'intégrité doit être distinguée de la simple cohérence. Ainsi, l'intégrité n'exige pas de simplement répéter les décisions du passé le plus fidèlement possible

[Dworkin, 2016, p. 219]. La cohérence que requiert l'intégrité en est plutôt une de principes, où les décisions doivent afficher une cohérence dans les droits qu'elles reconnaissent et dans la protection qu'elles offrent à ces derniers. Au nom de l'intégrité, il est donc possible de s'écarter d'une ancienne manière de faire si cela permet une meilleure actualisation des principes qui sous-tendent l'ancienne manière en question [Dworkin, 2016, p. 220]. Certains auteurs vont même jusqu'à avancer que s'écarter d'une ancienne manière de faire qui n'est pas morale est une exigence de l'intégrité puisque l'intégrité constitue un engagement à agir moralement [Herskovitz, 2006, p. 114]. Puisqu'elle est de principe, l'intégrité ne commande cependant pas le même comportement, ou la même cohérence, en ce qui concerne les politiques. En effet, défendre différemment le droit à la liberté d'expression de deux groupes viole l'intégrité, car il est question des droits que possèdent les individus, mais subventionner différemment deux groupes pour des raisons de politiques ne constitue pas une telle violation, ces groupes n'ayant pas de droit à ce qu'une politique en particulier soit adoptée [Dworkin, 2016, p. 223].

Une dernière précision s'impose avant de passer au fonctionnement du droit-intégrité. Dans son chapitre de *Law's Empire* portant sur l'intégrité, Dworkin précise que l'intégrité n'est pas un principe propre à tous les types de communautés. En effet, l'intégrité prend place dans une communauté dotée de caractéristiques particulières, mais aussi d'une attitude spécifique : l'attitude fraternelle [Dworkin, 2016, p. 186-202]. Cette caractérisation des communautés fraternelles concerne plutôt le volet politique de la philosophie de Dworkin et c'est pourquoi il ne sera pas traité outre mesure. Pour les fins du présent mémoire, il suffit de préciser que cette attitude fraternelle est attribuée aux communautés américaines et anglaises à l'intention desquelles Dworkin rédige principalement, son but étant davantage de justifier que l'intégrité constitue un principe effectivement à l'œuvre que de remettre en question le caractère fraternel des communautés dont il traite.

### **2.2.2 Les grandes lignes du droit-intégrité**

La présentation du fonctionnement du droit-intégrité est la dernière chose qui nous sépare de l'exposition de la théorie de l'adjudication de Dworkin. Cette présentation permettra de



situer, de manière générale, le contexte au sein duquel opèrent les juges qui acceptent le droit-intégrité. Comme la théorie de l'adjudication découle directement de la théorie du droit, il y a forcément des éléments de la seconde qui déborderont sur la première. Nous tenterons de minimiser de tels empiètements, et la redondance en découlant, en traitant le maximum d'éléments dans la section portant sur l'adjudication, d'où la brièveté de la présente sous-section malgré le fait que le sujet traité occupe une place si centrale dans la philosophie de Dworkin.

Le droit-intégrité se veut une théorie du droit combinant référence au passé et anticipation des conséquences futures [Dworkin, 2016, p. 225]. Cette position ambitieuse est rendue possible par le recours à l'interprétation constructive proposée par Dworkin. Ainsi, les juges sont appelés à considérer que les « legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward- and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative » [Dworkin, 2016, p. 225]. L'interprétation est donc sans cesse renouvelée et considère chacune des interprétations qui la précèdent. Lorsqu'on démontre qu'une proposition de droit découle des principes de justice, d'équité et d'équité procédurale issue de l'interprétation constructive montrant la pratique juridique de la communauté sous son meilleur jour, cette proposition peut légitimement être considérée comme vraie. Le droit-intégrité est donc une proposition d'interprétation de la pratique juridique en plus d'être lui-même le fruit d'un processus interprétatif [Dworkin, 2016, p. 226].

Le droit-intégrité a pour particularité de contenir les décisions antérieures rendues par les juges et les lois adoptées par la législature en plus de contenir l'ensemble des principes nécessaires pour justifier ces décisions et ces lois [Dworkin, 2016, p. 227]. Dès lors, il n'est plus suffisant de dire que la loi est la loi simplement parce qu'elle a été adoptée par la législature : il devient aussi nécessaire de justifier en vertu de quoi la législature est habilitée à adopter des textes ayant force de loi. La prise en compte de ces justifications fournit ainsi des informations supplémentaires pour l'interprétation des lois et des décisions antérieures. En déterminant les principes qui agissent à titre de justifications, les juges

peuvent abandonner la cohérence stricte qui leur dicte de répéter les décisions du passé au profit d'une intégrité visant à perpétuer les principes : un juge peut donc infirmer une décision antérieure au nom de l'intégrité, la nouvelle décision permettant une meilleure actualisation des principes antérieurement mobilisés par la décision renversée. Cette façon d'interpréter, Dworkin la compare à l'écriture d'un roman à la chaîne [Dworkin, 2016, p. 229]. Chaque juge est ainsi appelé à rédiger un nouveau chapitre qui s'inscrit dans les continuités des chapitres précédents. Bien qu'il soit libre de choisir la direction à donner à l'histoire, il n'en demeure pas moins contraint puisque les exigences de l'intégrité lui commandent d'éviter les ruptures et les changements qui rendent caduques trop de chapitres antérieurs de même que les ajouts qui ne possèdent aucune assise dans les décisions passées de la communauté. Nous reviendrons d'ailleurs sur la nature de ces contraintes et sur leurs effets dans la prochaine section qui porte spécifiquement sur l'adjudication prenant place au sein du droit-intégrité.

### **3. La théorie de l'adjudication dworkinienne : La théorie des droits**

Dans la première section, nous avons vu la façon dont Dworkin argumente en faveur de la reconnaissance de l'existence des principes dans le droit. Une fois cela reconnu, la théorie positiviste de Hart montre certaines limites puisque la règle de reconnaissance servant à déterminer ce qui constitue le droit d'une communauté ne permet pas l'identification de ces principes qui sont pourtant partie intégrante du droit. Le droit-intégrité semble alors une option de rechange intéressante puisqu'il fournit un portrait plus fidèle du droit. Cependant, l'acceptation du droit-intégrité comme explication du droit exige l'acceptation d'une théorie de l'adjudication différente de celle défendue par les positivistes. C'est pour cette raison que Dworkin propose une nouvelle théorie de l'adjudication compatible avec le droit-intégrité et c'est par l'entremise du juge Hercule, un juge qui accepte le droit-intégrité et les exigences qui en découlent, qu'il présente sa théorie de l'adjudication. Dans la présente section, nous commencerons par présenter brièvement la théorie hartienne de l'adjudication et les critiques que lui adresse Dworkin (3.1). Par la suite, nous présenterons quelques clarifications conceptuelles (3.2) avant d'aborder plus en détail la théorie des droits (3.3). Pour conclure, nous montrerons plus concrètement comment les éléments

identifiés dans la sous-section 3.3 agissent sur le processus décisionnel du juge Hercule (3.4).

### 3.1 Les critiques de Dworkin

Dworkin emploie deux lignes d'argumentation distincte pour montrer que la théorie de Hart en matière d'adjudication n'est pas adéquate. La première de ces deux lignes repose sur le concept de pouvoir discrétionnaire [Dworkin, 1978, p. 31-39 ; p. 68-71 ; Honeyball et Walter, 1998, p. 5]. Selon lui, il est important de définir les différents sens que peut avoir en tête un locuteur lorsqu'il discute de pouvoir discrétionnaire et ces différents sens potentiels sont au nombre de trois. Pour Dworkin, le premier est un usage « faible » du terme et signifie que « for some reason the standards an official must apply cannot be applied mechanically but demand the use of judgment » [Dworkin, 1978, p. 31]. Pour reprendre l'exemple donné dans *Taking Rights Seriously*, il est question d'un pouvoir discrétionnaire dans ce sens lorsqu'un sergent se fait demander par son supérieur de choisir ses cinq hommes les plus expérimentés. Un tel choix est soumis à des standards puisque le sergent a comme consigne de choisir les hommes les plus expérimentés, mais ce qui fait qu'un soldat est plus expérimenté qu'un autre requiert un exercice de jugement qui est ici confié au sergent. Ce type de pouvoir discrétionnaire offre donc une certaine latitude balisée par des contraintes données. Le deuxième sens que Dworkin attribue au concept de pouvoir discrétionnaire est celui signifiant que la décision prise par un individu ne sera pas révisée par quelqu'un d'autre [Dworkin, 1978, p. 32]. Un tel pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'un individu s'inscrit au sein d'une hiérarchie et que, bien qu'il existe des individus ou entités dotés d'une autorité supérieure, on considère que la décision qu'il prend sur un cas donné est finale. Un tel type de pouvoir discrétionnaire est assimilable à celui que la Cour d'appel du Québec a reconnu aux cours de juridiction inférieure en matière de gestion d'instance lorsqu'elle précise que, bien qu'elle possède le pouvoir nécessaire pour infirmer une décision portant sur la gestion de l'instance, elle doit se montrer extrêmement réticente à la faire [*Valeant Pharmaceuticals International Inc. c. Catucci*, 2016]. Le terme « pouvoir discrétionnaire » peut aussi être utilisé dans un troisième sens que Dworkin nomme « sens fort » [Dworkin, 1978, p. 32]. Ce genre de pouvoir discrétionnaire existe

lorsqu'un individu « is simply not bound by standards set by the authority in question » [Dworkin, 1978, p. 32]. Le sergent auquel on ordonne de choisir cinq hommes pour partir en patrouille possède un pouvoir discrétionnaire au sens fort du terme, sa sélection n'étant contrainte par aucun standard imposé par l'autorité dont émane l'ordre. L'absence de standard émanant de l'autorité ne signifie toutefois pas que le sergent possède une liberté totale dans son choix, certains standards plus généraux dictés par le bon sens demeurant toujours de mise [Dworkin, 1978, p. 33].

C'est en se basant sur ces distinctions que Dworkin critique la théorie de l'adjudication de Hart. Plus précisément, Dworkin affirme que, lorsque Hart parle du pouvoir discrétionnaire détenu par les juges, il ne fait référence qu'au premier sens attribué à ce pouvoir, mais jamais au sens fort puisque la présence de principes dans le droit contraint toujours la décision des juges, faisant des principes des contraintes imposées par une autorité [Dworkin, 1978 p. 35-36]. Afin de prouver ceci, il présente les trois possibles arguments des positivistes sur cette question. Premièrement, ceux-ci pourraient avancer que les principes ne possèdent aucune force obligatoire et que, en l'absence de règles, le juge se retrouve à jouir d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort. Dworkin réfute cet argument en indiquant que rien ne s'oppose à ce que les principes puissent eux aussi exercer une contrainte et, qu'en l'absence de règles applicables, ces derniers constituent un standard auquel doivent se plier les juges. Comme c'est le cas pour les règles, les juges doivent mobiliser les principes lorsqu'ils s'appliquent et il serait permis de critiquer un juge qui a ignoré un principe applicable au même titre qu'il serait possible de le critiquer s'il omettait d'appliquer une règle pertinente à un cas [Dworkin, 1978, p. 35]. Deuxièmement, les positivistes pourraient reconnaître que les principes exercent une contrainte sur les juges tout en affirmant que cela ne détermine pas pour autant un résultat particulier. Cet argument repose sur la distinction que Dworkin fait entre les règles, qui dictent un résultat, et les principes, qui ne font que militer en faveur d'une décision ou d'une autre selon le poids qui leur est accordé [Dworkin, 1978, p. 22, 35-36]. Selon les positivistes, le poids que les principes font peser sur un juge n'est pas suffisamment déterminant pour affirmer qu'il s'agit d'une contrainte imposée et donc pour pouvoir nier le sens fort du pouvoir discrétionnaire en jeu. Dworkin rétorque plutôt que le fait qu'un standard ne dicte pas un

résultat précis ne signifie pas pour autant qu'il n'exerce pas une contrainte [Dworkin, 1978, p. 35]. Par exemple, l'ordre voulant que le sergent choisisse ses cinq hommes les plus expérimentés ne dicte pas un résultat précis, car l'appréciation de l'expérience nécessite de sous-peser plusieurs facteurs. Il n'en ressort pas moins qu'un tel ordre limite les possibilités qui s'offrent au sergent chargé de choisir. De la même façon, le juge ne peut être considéré comme exerçant un pouvoir discrétionnaire au sens fort du terme puisqu'il doit tenir compte des principes, ces derniers agissant à titre de contrainte émanant de l'autorité et limitant par le fait même les possibilités qui s'offrent au juge [Dworkin, 1978, p. 36]. Troisièmement, les positivistes pourraient affirmer que les principes ne peuvent pas constituer du droit puisqu'ils sont sujets à controverses, tant au niveau de leur autorité que du poids qu'il convient de leur attribuer [Dworkin, 1978, p. 36]. Cependant, pour Dworkin, cela ne constitue pas une objection suffisante. En effet, bien qu'il soit impossible d'évaluer de manière exacte le poids des principes pour chaque situation et que cette détermination puisse susciter des désaccords, il n'en demeure pas moins que ce poids, quel qu'il soit, exerce une contrainte. Le rôle du juge dans un tel cas s'apparente à celui du sergent chargé de choisir ses cinq hommes les plus expérimentés puisque tous les deux sont « bound to reach an understanding, controversial or not, of what [their] orders or the rules require, and to act on that understanding » [Dworkin, 1978, p. 36].

Ainsi, la première critique de Dworkin pourrait se résumer de la sorte. Lorsqu'un juge est appelé à rendre une décision, trois possibilités s'offrent à lui. Il peut considérer que les standards pertinents pour le litige lui imposent de donner raison au demandeur, qu'ils lui imposent de donner raison au défendeur ou qu'ils ne lui imposent ni l'un ni l'autre, mais lui permettent les deux [Dworkin, 1978, p. 70]. Pour Dworkin, le juge peut être incertain quant au choix qui s'impose, mais cette incertitude peut aussi s'appliquer à la question de savoir si la situation lui accorde un pouvoir discrétionnaire de choisir l'une des deux possibilités [Dworkin, 1978, p. 70]. La ligne de rupture entre les positivistes et Dworkin apparaît alors. Pour des positivistes comme Raz ou Hart, un juge incertain quant à savoir si les standards lui imposent de décider en faveur du demandeur ou du défendeur peut être certain qu'il possède le pouvoir discrétionnaire, au sens fort, de choisir lui-même (c'est la troisième option assortie d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort) [Dworkin, 1978, p. 70 ;

Raz, 1972, p. 847-848]. À l'inverse, pour Dworkin, un juge ne peut pas conclure qu'il possède un pouvoir discrétionnaire sur la base d'un argument négatif, mais uniquement de manière positive [Dworkin, 1978, p. 71]. Bien que certains juges en arrivent parfois à la conclusion qu'aucune des deux parties n'a un droit à gagner et qu'il doit donc employer son pouvoir discrétionnaire au sens fort, ce n'est pas la majorité des cas difficiles qui sont résolus de la sorte. Selon Dworkin, les cas difficiles sont mieux expliqués lorsque présentés comme des désaccords « about what standards they [the judges] are forbidden or obliged to take into account, or what relative weights they are obliged to attribute to these [...] » [Dworkin, 1978, p. 71]. Les cas difficiles le sont, car ils imposent un exercice complexe de pondération de principes opposés et non parce qu'ils exigent un exercice de création ou d'invention. L'exercice auquel sont confrontés les juges ne consiste donc pas à se rabattre sur leur pouvoir discrétionnaire lorsque ni le demandeur ni le défendeur ne semble avoir le droit de gagner selon la loi : il s'agit plutôt de déterminer, en fonction de la loi et des principes sous-jacents, lequel des deux a un droit à une décision en sa faveur uniquement en se référant aux composantes du système juridique. Bref, les cas de décisions reposant sur un pouvoir discrétionnaire au sens fort sont plus anecdotiques que représentatifs de la pratique ; on ne peut donc expliquer les décisions des juges dans les *hard cases* comme étant des cas où les juges se retrouvent « à court de lois » [Honeyball et Walter, 1998, p. 33]

La deuxième ligne d'argumentation de Dworkin en est une fondée sur la démocratie et le rôle que les tribunaux jouent au sein d'un tel régime. Selon lui, un juge qui rend une décision suite à un exercice de pondération de différents principes se conforme aux devoirs qui sont les siens. En effet, dans un tel cas, le juge emploie les matériaux juridiques à sa disposition, soit les règles et les principes propres à la communauté qui l'a fait juge, et procède à un exercice de clarification du droit. À l'inverse, un juge qui crée du droit nouveau en se basant sur des arguments de politiques ou en inventant une solution au litige devant lui génère deux problèmes. D'une part, il usurpe des pouvoirs appartenant aux membres élus de la législature [Dworkin, 1978, p. 84]. Puisque seuls ces derniers sont habilités à créer des lois et à justifier celles-ci par l'entremise d'arguments de politiques, le juge créateur de droit s'aventure à l'extérieur de ses attributions. D'autre part, le juge qui crée du droit le fait de manière *ex post facto*, soit une fois que les faits qui ont donné

lieu au litige sont chose du passé [Dworkin, 1978, p. 84]. Par conséquent, au moment d'intenter le litige, aucune des parties n'a un droit particulier à une décision favorable et le perdant sera sanctionné pour avoir enfreint un droit qui n'existait pas au moment où les faits se sont produits. En fin de compte, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort est une chose rarissime et, dans les cas où cela surviendrait, constitue une entorse aux principes démocratiques. Il faut donc chercher une meilleure explication de la pratique des juges.

### **3.2 Clarifications conceptuelles préalables à l'exposition de la théorie des droits**

Avant de procéder à la présentation de la théorie de l'adjudication de Dworkin, il reste quelques clarifications conceptuelles à faire. Le choix de les présenter dans une sous-section distincte de celle portant sur la théorie vise simplement à rendre la lecture plus simple puisque ces concepts auront déjà été clarifiés. Il sera ainsi question de présenter les notions de « droits » (au sens de « *rights* ») et de buts (« *goals* ») ainsi que celles de droits institutionnels et de droits fondamentaux.

Il faut d'abord clarifier la distinction que Dworkin fait entre droits et buts. Selon lui, les deux découlent d'une même source, soit les visées politiques [Dworkin, 1978, p. 91]. Ainsi, un gouvernement mu par une théorie politique quelconque ciblera un certain état de fait qui est considéré comme étant désirable pour la communauté. Pour être réalisé, cet état de fait commandera des décisions politiques qui auront pour effet de rapprocher toujours plus la communauté de celui-ci, au détriment d'autres situations. Les visées politiques entraînent avec elles des droits politiques qui constituent, dans les mots de Dworkin, « individuated political aim[s] » [Dworkin, 1978, p. 91]. Ces droits politiques existent donc uniquement dans la mesure où ils sont compatibles avec les visées politiques. La contrepartie non individualisée d'un droit politique est ce que Dworkin nomme un but. Contrairement aux droits politiques, les buts politiques n'octroient pas de droits ou de libertés particuliers à des individus. Un but collectif serait dit absolu si, en cas de conflit avec un autre but, il était systématiquement préféré ; il pourrait cependant aussi ne pas l'être, chaque conflit menant plutôt à un travail de conciliation entre les buts conflictuels

[Dworkin, 1978, p. 92]. Un droit peut aussi être absolu, mais ne l'est pas forcément. Lorsqu'un droit n'est pas absolu, il possède un poids, que Dworkin définit comme étant sa capacité à ne pas céder face aux autres droits et buts qui entrent en conflit avec lui [Dworkin, 1978, p. 92]. Présenté autrement, un droit est une visée politique qui possède « a certain threshold weight against collective goals in general; unless, for example, it cannot be defeated by appeal to any of the ordinary routine goals of political administration, but only by a goal of special urgency » [Dworkin, 1978, p. 92]. Alors que les buts contradictoires sont appelés à se concilier entre eux, les droits sont plutôt caractérisés par leur capacité à résister à ce devoir de conciliation dans la majorité des cas.

Deuxièmement, il importe selon Dworkin de différencier les droits institutionnels des droits fondamentaux. Alors que les droits fondamentaux servent à justifier certaines décisions de manière abstraite, les droits institutionnels constituent plutôt des justifications situées [Dworkin, 1978, p. 93]. Par exemple, le droit à la vie pourrait se comprendre comme un droit fondamental, qui, formulé ainsi, n'exige aucune mesure concrète particulière. À l'inverse, le droit de subir un procès dans un délai raisonnable constitue un droit institutionnel puisqu'il exige des mesures concrètes au sein de l'appareil judiciaire d'un État. Qui plus est, Dworkin précise qu'il existe des droits institutionnels qui prennent place au sein d'institutions autonomes, c'est-à-dire que les droits qu'elles garantissent sont entièrement contenus en elles-mêmes, et d'autres au sein d'institutions partiellement autonomes où l'on pourrait établir un droit en référant à un élément externe à l'institution. [Dworkin, 1978, p. 101]. En ce sens, une législation est une institution partiellement autonome puisqu'on peut y établir un droit en référant à une sphère externe telle que la moralité.

### **3.3 La théorie des droits**

Les notions qu'il a fallu présenter pour en arriver à l'exposition de la théorie de l'adjudication de Dworkin ont été nombreuses. Ainsi, il a été question de manière très générale du projet de Dworkin et des critiques qu'il a adressées à la théorie dominante. Ces dernières ont permis de montrer la nécessité de proposer une nouvelle théorie du droit, le



droit-intégrité, qui évitent les écueils de la théorie critiquée. C'est à cette occasion qu'il a été question de la place de l'interprétation constructive dans la pratique sociale qu'est le droit et du rôle que l'intégrité est appelée à y jouer. Cela ayant été présenté, il est possible de centrer encore davantage l'objet de nos recherches pour nous concentrer sur les théories de l'adjudication uniquement. Encore une fois, les critiques de Dworkin à l'égard de la théorie de l'adjudication associée au positivisme ont mis la table pour la présentation d'une nouvelle théorie de l'adjudication, la théorie des droits, qui découle directement du droit-intégrité. C'est à cette théorie de l'adjudication que nous pouvons désormais nous intéresser, et ce, en deux temps. Tout d'abord, nous nous concentrerons sur le fonctionnement général de la théorie et sur ses implications. Par la suite, nous nous pencherons sur le travail du juge Hercule afin de voir la théorie en action et la façon dont elle pourrait être réellement mobilisée par un juge.

### **3.3.1 Fonctionnement général et implications de la théorie des droits**

Le problème classique auquel doit répondre toute théorie de l'adjudication est celui de déterminer le rôle que devrait jouer la morale personnelle des juges dans leurs décisions. La réponse avancée par la théorie positiviste est que, dans la majorité des cas, le juge sera confronté à un cas clair d'application de la loi aux faits et qu'un tel exercice ne fait pas intervenir sa morale personnelle. Cependant, dans les cas difficiles pour lesquels la loi ne prévoit pas directement l'issue à donner au litige, le positivisme répond que le juge devra user de son pouvoir discrétionnaire, ouvrant ainsi la porte à l'introduction de considérations issues de la morale personnelle du juge. Cela s'explique par le fait que le droit possède une texture ouverte causée par l'impossibilité du langage à prévoir sur papier toutes les possibilités pouvant se produire [Hart, 1961, p. 124-125]. Dans certains cas, le juge se trouvera donc à court de droit et il devra combler le vide ainsi identifié. Dworkin est en désaccord avec cette explication de la pratique puisqu'il lui semble illusoire de supposer que les juges prennent leurs décisions en deux temps, soit un premier temps pour évaluer jusqu'où la loi couvre le cas à l'étude puis un second temps pour délaisser les livres et s'adonner à un exercice de création à l'intérieur de l'espace identifié lors du premier temps [Dworkin, 1978, p. 85-86]. Il est plus juste de dire que les juges sont, tout au long de leur

processus décisionnel, sujets à certaines contraintes et ce sont précisément ces contraintes qu'il souhaite mettre en lumière. Selon lui, une théorie de l'adjudication décrivant l'ensemble du processus comme étant balisé par des contraintes issues de différents types de standards constitue une représentation plus fidèle de la pratique judiciaire en plus de posséder des implications politiques et philosophiques pertinentes [Dworkin, 1978, p. 90].

Comme il a été mentionné précédemment, le droit a pour fonction d'encadrer l'utilisation de la coercition faite par la communauté envers ses membres et il est composé des droits et responsabilités que possèdent ces individus. Les droits, que Dworkin assimile à des atouts, peuvent être opposés à la communauté afin de l'empêcher d'empiéter indûment sur certaines sphères de la vie [Dworkin, 1978, p. xi ; Guest, 2013, p. 20-21]. Ces droits constituent des freins à l'action étatique et limitent les buts politiques qui peuvent être poursuivis lorsque ceux-ci impliquent une violation d'un droit individuel. Conséquemment, la théorie des droits attribue aux décisions judiciaires la fonction de mettre en œuvre ces droits politiques détenus par les citoyens [Dworkin, 1978, p. 87]. Cette mise en œuvre est en fait une actualisation des décisions politiques passées : le juge saisi d'un litige est appelé à interpréter les décisions politiques génératrices de droits pour déterminer comment elles ont pour effet d'encadrer maintenant le pouvoir de coercition communautaire. Plus précisément, il doit décider si les règles en place ont pour effet de reconnaître un droit ou de le nier [Dworkin, p. 1978, 104-105]. Cette reconnaissance dépendra alors des lois et des différents arguments de principe auxquels le juge aura recours. En effet, il aura pour tâche d'identifier tous les arguments de principes qui justifient l'existence du droit réclamé par une partie et tous les arguments de principes qui justifient l'existence du droit réclamé par l'autre partie dans les décisions symétriques, ou encore, l'existence du droit réclamé par l'accusé dans les décisions asymétriques comme celles de droit criminel où l'État ne possède aucun droit à faire déclarer coupable l'accusé [Dworkin, p. 1978, p. 100, 104-105]. Il pourra alors rendre une décision reconnaissant ou niant le ou les droits invoqués, cette décision étant justifiée par les principes retenus en l'espèce. Toutefois, un argument de principe doit remplir une importante condition pour pouvoir justifier une décision : il faut qu'il soit possible de montrer que ce principe est cohérent avec des décisions antérieures ainsi qu'avec des décisions hypothétiques à venir [Dworkin, p. 1978, p. 88]. C'est ici que la notion d'intégrité fait son entrée dans la théorie

des droits et son utilité est double. D'une part, elle s'assure que les droits qui sont reconnus s'inscrivent bel et bien dans l'histoire de la communauté puisqu'ils découlent effectivement de décisions politiques antérieures. Comme l'écrit Dworkin, l'intégrité est souveraine non pas sur les décisions des juges, mais sur les fondements du droit puisqu'elle n'admet qu'une seule version de ce qui peut être interprété comme émanant des décisions politiques antérieures [Dworkin, 2016, p. 218]. D'autre part, l'intégrité fait en sorte que, dans la mise en œuvre de ces droits, il existe une certaine continuité, chaque individu se voyant reconnaître les mêmes droits [Dworkin, p. 1978, p. 88]. Cette continuité existe bel et bien puisque ces droits doivent être conçus comme l'œuvre d'un auteur unique, soit la collectivité personnifiée, qui agit avec un souci d'intégrité [Dworkin, p. 2016, p. 225].

Le recours aux principes pour justifier des décisions reconnaissant des droits ne prend cependant pas place *ex nihilo*. Il s'inscrit au sein d'une communauté et à l'intérieur de contraintes institutionnelles établies par le droit. C'est pourquoi le juge qui a déterminé les différents arguments de principes en présence n'est pas libre de choisir, en fonction de sa morale personnelle, lequel de ces arguments possède le plus de poids. Il doit plutôt le faire à la lumière de la moralité de la communauté personnifiée [Dworkin, 1978, p. 124-126]. L'identification de cette moralité suppose ainsi un exercice d'interprétation constructive par lequel le juge opère un exercice de montée en abstraction : en considérant les lois et les institutions de la communauté, le juge doit reconstruire la moralité politique qui les soutient, cette dernière correspondant à la moralité de la communauté [Dworkin, p. 1978, p. 126]. Une fois cette moralité définie, le juge est mieux à même d'évaluer le poids à accorder aux principes en jeu. Par exemple, un juge d'allégeance libérale serait contraint de rejeter, malgré ses préférences, la justification qui repose sur un principe d'extrême libéralité, cette dernière n'étant pas compatible avec la moralité de la communauté tel qu'il s'en dégage de ses lois et de ses institutions [Dworkin, p. 1978, p. 126]. Les *hard cases* qui se présentent peuvent donc être considérés comme possédant une bonne réponse puisqu'ils s'inscrivent au sein d'une institution paramétrée par différentes contraintes visant à limiter l'implication de la morale personnelle de chaque juge au profit de l'actualisation de la morale de la communauté [Dworkin, p. 1978, p. 104]. Bien que la décision que rendent les

juges ne soit pas la bonne réponse dans tous les cas, il en existe tout de même une qui constitue la meilleure interprétation du droit, et ce, pour chaque cas.

Bien que l'objectif de la théorie des droits soit d'offrir une théorie de l'adjudication pour laquelle la moralité personnelle des juges n'intervient pas, Dworkin est conscient qu'il est impossible d'atteindre complètement cet objectif. De son propre aveu, « [e]ach judge's interpretive theories are grounded in his own convictions about the 'point' – the justifying purpose or goal or principle – of legal practice as a whole, and these convictions will inevitably be different, at least in detail, from those of other judges » [Dworkin, 2016, p. 87]. La stratégie employée par la théorie des droits consiste alors à faire en sorte que ces convictions ne prennent place qu'à un niveau plus élevé d'abstraction que celui pendant lequel le juge détermine la décision à rendre. Ainsi, bien qu'il y ait des différences dans la façon dont les juges considèrent les fondements du droit, il existe suffisamment de contraintes institutionnelles entourant la prise de décision pour éviter que ces considérations sur les fondements aient un effet prépondérant sur le résultat final. Comme nous le verrons lorsqu'il sera question des deux dimensions du test qu'impose la théorie des droits, il est impossible d'empêcher complètement que les préférences personnelles des juges interviennent, mais il est cependant possible de limiter cette intervention à des considérations très générales.

Ces différents éléments constituent le cadre général de la théorie des droits. Ils fournissent des précisions sur le contexte institutionnel de la théorie et sur son fonctionnement. Toutefois, Dworkin considère que la meilleure façon de combiner tous ces éléments est de les montrer à l'œuvre. C'est pour cette raison qu'il introduit le personnage du juge Hercule, un juge qui accepte la théorie du droit-intégrité et qui officie dans une juridiction américaine typique [Dworkin, p. 1978, p. 105]. Bien qu'il jouisse de caractéristiques surhumaines en ce qui concerne la patience et le talent, et qu'il possède un nombre de temps presque illimité pour réfléchir aux cas qui se présentent à lui, la figure du juge Hercule se veut représentative du processus par lequel les juges procèdent. Pour la prochaine sous-section, qui porte sur les contraintes pesant sur les juges, il sera donc pertinent de suivre le

procédé d'Hercule et de voir de manière plus concrète comment la théorie des droits s'articule.

### **3.3.2 La tâche du juge Hercule : l'écriture d'un roman à la chaîne**

La stratégie de Dworkin pour montrer la théorie des droits en action consiste à présenter le processus suivi par Hercule, un juge ayant accepté cette théorie de l'adjudication. Dworkin a aussi recours à une métaphore inspirée de la littérature pour mettre Hercule en contexte. Cette comparaison entre littérature et droit n'est d'ailleurs pas nouvelle : elle était déjà mobilisée au moment de présenter l'interprétation constructive. À cette fin, Dworkin rapprochait interprétation de la pratique juridique et interprétation de la pratique littéraire : ici, il sera plutôt question de mettre côte à côte création littéraire et décision judiciaire. Toutefois, puisqu'il a insisté sur les contraintes institutionnelles pesant sur les juges, Dworkin ne peut pas simplement référer à une création littéraire entièrement libre. C'est pour cette raison qu'il restreindra sa métaphore à un style littéraire bien particulier, celui du roman à la chaîne [Dworkin, 2016, p. p. 229 ; Honeyball et Walter, 1998, p. 77].

Brièvement, nous pouvons dire que le roman à la chaîne est un roman dont chaque chapitre est confié à un auteur différent. Le premier a la responsabilité de mettre en place les éléments principaux au sein du premier chapitre puis de passer le relais à l'auteur suivant. Celui-ci devra alors écrire le deuxième chapitre de manière à ce qu'il s'inscrive dans la continuité du premier, tout en faisant avancer l'histoire. Ce processus se répétera à de multiples reprises, chaque nouvel auteur devant prendre en considération les chapitres écrits par les auteurs avant lui. L'objectif de chaque auteur est de faire de l'ensemble des chapitres une histoire qui semble à la fois avoir été écrite par la même main et qui constitue la meilleure histoire possible [Dworkin, 2016, p. 229]. L'auteur d'un chapitre devra donc toujours interpréter l'histoire pour en saisir l'arc narratif et les nuances avant de pouvoir produire un chapitre qui fait progresser le tout d'une manière cohérente [Dworkin, 2016, p. 230]. Évidemment, cet exercice de création ouvre la porte à de multiples possibilités. En effet, une fois les autres chapitres considérés, l'auteur peut emprunter de nombreuses avenues. Or, pour s'assurer que le chapitre qu'il produira poursuit adéquatement le travail

des autres auteurs et qu'il s'agit de la meilleure histoire possible, l'auteur de chaque chapitre devra tester les possibilités qui s'offrent à lui à l'aune de deux dimensions : la dimension de la compatibilité (*fit*) et la dimension de la justification [Dworkin, 2016, p. 230-231]. En raison du rôle primordial que ces deux dimensions sont appelées à jouer dans la théorie des droits, nous nous arrêterons quelque peu sur chacune d'entre elles afin d'en éclairer la portée dans l'exercice d'écriture d'un roman à la chaîne.

La dimension de la compatibilité invite l'auteur à se demander si son interprétation pourrait être acceptée par un autre auteur qui se verrait chargé de donner suite à la même histoire [Dworkin, 2016, p. 230]. Plus une interprétation est capable d'intégrer et d'expliquer des éléments issus de chapitres antérieurs, plus elle sera considérée comme étant compatible. Il est cependant possible qu'une interprétation ne parvienne pas à englober l'ensemble des éléments issus des chapitres précédents. C'est d'autant plus vrai que plus le nombre de chapitres augmente, plus le nombre d'éléments que doit englober l'interprétation est grand [Dworkin, 2016, p. 230]. L'auteur d'un chapitre sera donc justifié d'écarter certains éléments au motif qu'il s'agit d'erreurs ou de digressions à la lumière de son interprétation. Il doit toutefois veiller à minimiser le nombre d'éléments écartés sous peine d'altérer trop dramatiquement l'histoire. Une fois la dimension de la compatibilité considérée, il est possible que plusieurs interprétations soient jugées convenables [Dworkin, 2016, p. 231]. Il est alors possible de passer à la deuxième dimension, soit celle de la justification.

La dimension de la justification impose que l'auteur se questionne sur l'interprétation qui fait le mieux progresser l'histoire. C'est ici qu'interviennent, selon Dworkin, les considérations esthétiques de l'auteur telles que le réalisme et la beauté [Dworkin, 2016, p. 231]. Le but de chaque auteur est de montrer l'histoire sous son meilleur jour et c'est en se questionnant sur les qualités substantives de chaque interprétation qu'il sera apte à déterminer laquelle remplit le mieux ce rôle. Bien que présentées séparément, les deux dimensions sont interreliées. Ainsi, une interprétation qui est faiblement compatible, peu importe ses qualités substantives, risque de ne pas être retenue tout comme ne le serait pas une interprétation compatible, mais ne montrant pas l'histoire sous son meilleur jour

[Dworkin, 2016, p. 231]. Le test à deux dimensions offre donc des informations complémentaires au sujet des interprétations en invitant l'auteur à prendre en considération des éléments relatifs à la cohérence textuelle et d'autres plus substantifs ayant trait au jugement esthétique [Dworkin, 2016, p. 231-232].

Pour Dworkin, un juge appelé à rendre une décision se trouve dans une position similaire à celle d'un auteur d'un chapitre dans un roman à la chaîne [Dworkin, 2016, p. 238]. En effet, moyennant quelques modifications, il est possible de se servir de l'appareillage conceptuel à l'œuvre lors de la rédaction d'un chapitre de roman à la chaîne pour procéder à un exercice similaire visant à rendre une décision judiciaire. Les chapitres antérieurs que l'auteur doit interpréter sont ainsi remplacés par la jurisprudence ; l'objectif de faire la meilleure histoire qui soit se mesure non plus d'un point de vue esthétique, mais plutôt de celui de la moralité politique ; les dimensions de compatibilité et de justification, quant à elles, demeurent les tests auxquels soumettre les différentes interprétations afin d'identifier la meilleure d'entre elles [Dworkin, 1985, p. 160 ; Dworkin, 2016, p. 239]. Bien que les juges agissant conformément au droit-intégrité soient appelés à « créer » des décisions, il faut distinguer cette fonction de celle dévolue au législateur. En effet, alors que ce dernier est libre de référer à des arguments de politiques pour créer des droits et des responsabilités, ce n'est pas le cas des juges. Ceux-ci doivent plutôt s'en tenir aux arguments de principes pour montrer que les droits et responsabilités qu'ils reconnaissent aux citoyens ont toujours faits partie du droit de la communauté et que les citoyens y étaient, par conséquent, déjà assujettis au moment où les faits litigieux se sont produits [Dworkin, 2016, p. 244]. Le travail d'interprétation constructive des juges consiste ici à mettre à l'avant-plan des principes déjà à l'œuvre dans le droit, mais qui le sont de manière implicite [Brink, 2016, p. 293]. Comme nous l'avons fait pour présenter les contraintes pesant sur l'auteur d'un chapitre de roman à la chaîne, nous nous arrêterons sur chacune des deux dimensions dégagées par Dworkin dans le but de mieux comprendre leurs effets sur les décisions des juges.

### **3.3.2.1 Dimension de compatibilité en droit**

La dimension de la compatibilité, en droit, exige que le juge tente d'inscrire les interprétations potentielles identifiées, qui ne sont nulles autres que des interprétations d'une parcelle de la pratique de la communauté, à l'intérieur d'un schéma permettant de justifier l'ensemble de la pratique de la communauté [Dworkin, 2006, p. 14-15 ; Dworkin, 2016, p. 245]. Le degré de compatibilité d'une interprétation correspond au degré auquel cette interprétation rend efficacement compte des caractéristiques de ce qui est étudié [Brink, 2016, p. 289]. Dans le cas de l'interprétation d'une loi, le juge devra donc évaluer la capacité respective de chacune des interprétations à expliquer les articles de la loi, le choix des mots employés ainsi que les interprétations antérieures de cette loi en plus de leur capacité à effectuer cet exercice en minimisant le nombre d'éléments devant être mis de côté [Brink, 2016, p. 289]. Cependant, il n'est pas réaliste de supposer qu'un juge parvienne à identifier une interprétation permettant de justifier l'ensemble de la pratique : cette dernière est beaucoup trop vaste et certainement trop disparate. De plus, les juges ne disposent ni du temps ni des connaissances sans bornes dont jouit le juge Hercule et Dworkin en est bien conscient. Il propose donc une version atténuée, plus réaliste, de cette idée ; l'interprétation par cercles concentriques. Un juge confronté à un cas peut ainsi identifier plusieurs interprétations dont il testera la compatibilité avec les cas factuellement analogues au sien, puis avec les autres cas tombant dans le même domaine de droit, le droit des assurances par exemple, puis, si cela s'avère toujours prometteur et réaliste, avec l'ensemble du droit civil [Dworkin, 2016, p. 250]. Cet examen a pour effet d'encourager la cohérence horizontale entre les décisions, c'est-à-dire la cohérence à travers l'ensemble des décisions relatives à un domaine en particulier (par opposition à une cohérence verticale qui en serait une entre les décisions à travers les différentes époques).

La contrainte qu'exerce la dimension de la compatibilité en est une de seuil : elle fixe un seuil que toute interprétation doit minimalement franchir pour être retenue à titre d'interprétation compatible [Dworkin, 2016, p. 255]. Bien que chaque juge fixe ce seuil quelque peu différemment, il existe certains éléments qui ne peuvent tout simplement pas être écartés. Le seuil d'un juge doit, par exemple, être en mesure d'éliminer toute



interprétation qui irait à l'encontre du principe de séparation des pouvoirs ou de celui de la primauté du droit. Le seuil doit donc être lui-même compatible avec les exigences fondamentales qu'impose l'histoire politique de la communauté, faisant en sorte que les interprétations représentant les préférences des juges seront parfois limitées ou écartées au motif qu'elles ne franchissent pas le seuil en question [Dworkin, 2016, p. 255]. Dworkin insiste d'ailleurs sur la prise en compte de l'histoire de la communauté dans l'établissement du seuil : sans de telles considérations, ce dernier pourrait être modulé uniquement sur les préférences personnelles du juge, transformant l'exercice d'interprétation en exercice de création [Dworkin, 2016, p. 255].

Comme mentionné précédemment, il est impossible de supprimer l'intervention de la morale du juge de manière absolue. En ce qui concerne la dimension de la compatibilité, elle implique les convictions politiques personnelles du juge de deux façons. D'une part, elle fait appel à ses convictions relativement abstraites, que Bégin nomme « contrainte structurelle », et qui concernent l'acceptation de l'idéal de l'intégrité [Bégin, 1997, p. 423]. Cette contrainte est dite structurelle, car elle ne concerne pas directement le litige, mais plutôt le contexte au sein duquel le juge effectue son travail. En effet, le juge qui fixe un seuil établit ce dernier en fonction de l'histoire de la communauté et des principes propres à cette communauté personnifiée. Or, pour être en mesure d'effectuer un tel travail, il faut d'abord que le juge reconnaisse et accepte l'importance du principe d'intégrité politique et adjudicative, acceptation qui exprime une conviction quant au fonctionnement d'une communauté politique. D'autre part, un juge qui disqualifie une interprétation au motif qu'elle ne passe pas le seuil, et donc qu'elle ne fournira pas la meilleure image qui soit de la communauté, considère cette interprétation comme non conforme avec les principes de la communauté : il pose par le fait même un jugement politique sur les principes qu'il convient d'attribuer à cette dernière et sur ce qui constitue des principes attrayants [Bégin, 1997, p. 424 ; Dworkin, 2016, p. 257]. Cela signifie que le juge désigne lui-même des principes qui doivent être renforcés au détriment d'autres principes, jugés moins importants ou moins centraux. Il en va de même lorsqu'une interprétation ayant passée le seuil, mais étant plus faible que d'autres, n'est pas écartée au motif que les principes qu'elle défend sont particulièrement attrayants [Dworkin, 2016, p. 257]. Dans ces deux cas, il s'agit

encore une fois de contraintes structurelles puisque les convictions personnelles du juge impliquées concernent sa théorie de morale politique et non le cas examiné chaque fois [Bégin, 1997, p. 424]. Néanmoins, malgré le caractère abstrait de cette intervention de la morale personnelle, il serait faux de prétendre qu'elle ne joue aucun rôle.

La dimension de la compatibilité permet aussi de mieux comprendre ce qui caractérise les *hard cases*. Il s'agit des cas pour lesquels plusieurs interprétations satisfont le test de seuil imposé par la dimension de compatibilité [Dworkin, 2016, p. 256]. Dans de tels cas, il apparaît nécessaire de comparer plus en détail les différentes interprétations et cela se fait en considérant la dimension de justification de chaque interprétation ayant franchi le premier test.

### **3.3.2.2 Dimension de la justification en droit**

Lorsque plusieurs interprétations ont satisfait aux exigences dictées par la dimension de la compatibilité, il est nécessaire de référer à la dimension de la justification pour identifier laquelle de celles-ci doit être retenue. C'est à cette étape que le juge doit se demander laquelle des interprétations montre la communauté sous son meilleur jour, et ce, du point de vue de la moralité politique, c'est-à-dire en cherchant quelle interprétation actualise le mieux les principes de justice et d'équité [Dworkin, 2006, p. 14-15 ; Dworkin, 2016, p. 256]. Pour y parvenir, il devra évaluer quelle interprétation semble la meilleure à la lumière de considérations de justice « abstraite » et quelle interprétation correspond le mieux aux convictions des citoyens en matière d'équité [Dworkin, 2016, p. 249]. Formulant cette contrainte quelque peu différemment, David O. Brink réfère à cette dimension comme imposant un test d'acceptabilité, c'est-à-dire qu'elle invite le juge à se demander quelle interprétation est à la fois la plus attrayante et la plus défendable [Brink, 2016, p. 289]. Comme Dworkin, il affirme que cette acceptabilité peut se mesurer à l'aune de la justice et de l'équité, mais il ajoute pour sa part l'utilité et l'efficacité [Brink, 2016, p. 289]. Ces deux derniers éléments ne peuvent cependant constituer des critères dans tous les cas puisqu'ils sont souvent associés aux arguments de politiques, lesquels doivent être considérés par les juges dans leur interprétation des lois, mais pas dans celle des précédents.

Lorsqu'une seule interprétation se distingue sur les deux tableaux, la décision à rendre est évidente. Toutefois, il est possible que ce ne soit pas le cas et que le juge soit appelé à trancher entre une interprétation favorisant davantage le principe de justice et une autre davantage axée sur l'équité [Dworkin, 2016, p. 249]. Cela impliquera alors un jugement sur ce qui représente la meilleure histoire politique : une décision favorisant davantage la justice, mais peu compatible avec les convictions générales de la société ou une décision délaissant quelque peu la justice au profit d'une plus grande adéquation avec les convictions actuelles des citoyens ? [Dworkin, 2016, p. 250].

La réponse que donnent les juges aux conflits entre justice et équité dépend, encore une fois, de leurs convictions de niveau supérieur, soit les opinions théoriques des juges à l'égard des concepts de justice, d'équité et de la façon dont il faut résoudre les conflits entre les deux [Bégin, 1997, p. 424 ; Dworkin, 2016, p. 250]. C'est en vertu de ces convictions d'ordre supérieur que les juges balanceront, chaque fois un peu différemment, les exigences issues de la justice conçue de manière abstraite et les exigences, plus concrètes, qu'ont les citoyens à propos de l'équité [Dworkin, 2016, p. 250]. À ces convictions s'ajoutent aussi certains éléments évalués au moment de considérer la dimension de la compatibilité. En effet, c'est à cette étape que le niveau de compatibilité de chaque interprétation est considéré : bien que toutes les interprétations aient franchi le seuil, certaines l'ont fait avec un plus haut degré de compatibilité que d'autres et cela doit être pris en compte.

Presque 20 ans après la publication de *Law's Empire*, Dworkin a apporté une précision importante quant à l'interaction existante entre les deux dimensions, et ce afin de répondre à certaines critiques formulées par Raz [Raz, 2004, p. 285-286]. Bien qu'elles aient été présentées dans *Law's Empire* comme deux étapes qui s'enchaînent, ce n'est pas la façon convenable de les comprendre. En effet, il faut plutôt y voir un procédé heuristique facilitant la compréhension de leur fonctionnement, ces deux dimensions devant plutôt être combinées de manière à former une opinion générale [Dworkin, 2004, p. 381-382]. Présenter la dimension de compatibilité comme précédant celle de la justification n'est

donc qu'un dispositif qui vise à clarifier le rôle de chacune, l'ordre dans lequel elles opèrent s'estompant au moment de produire un jugement interprétatif final. Malgré cette précision, Brink persiste à croire que Dworkin ne précise pas suffisamment la façon dont les deux dimensions doivent être combinées puisque certaines affirmations sont contradictoires : la conception de la dimension de compatibilité en tant que seuil minimal est incompatible avec l'affirmation du caractère égal des deux dimensions [Brink, 2016, p. 290].

En fin de compte, ce sont ces différences au niveau des convictions d'ordre supérieur tant au niveau de la compatibilité à accorder à chaque interprétation qu'à celui de la justification de la meilleure interprétation qui expliquent les différends qui surviennent entre les juges, chacun d'entre eux ayant une vision légèrement différente de l'option qui présente la communauté sous son meilleur jour [Dworkin, 1985, p. 143 ; Dworkin, 2016, p. 256]. Puisque le droit-intégrité n'impose pas de moralité politique aux juges, il est normal qu'il n'y ait pas nécessairement consensus parmi tous ceux qui acceptent le droit-intégrité et la démarche qu'il propose. Comme l'écrit Dworkin, la théorie de l'interprétation des juges

« will include both structural features, elaborating the general requirement that an interpretation must fit the doctrinal history, and substantive claims about social goals and principles of justice. Any judge's opinion about the best interpretation will therefore be the consequence of beliefs other judges need not to share » [Dworkin, 1985, p. 162].

Toutefois, selon Acar, ce processus n'en demeure pas moins susceptible d'être considéré comme ayant été bien mené ou non puisque certains principes satisfont mieux que d'autres les différentes contraintes qui balisent la prise de décision [Acar, 2014, p. 179]. C'est ce qui permet à Dworkin de soutenir qu'il existe, pour chaque cas, une bonne réponse, rejetant par le fait même l'idée chère aux sceptiques et aux partisans des *Critical Legal Studies* que le processus décisionnel en est un qui n'est pas dicté par le droit [Altman, 1986, p. 217, 222 ; Dworkin, 1978, p. 279-280]. Les décisions des juges, sous la théorie des droits, ne peuvent donc pas être dites purement arbitraires ni complètement neutres. Elles tendent plutôt vers l'impartialité, mais cette impartialité demeure, comme nous le verrons au chapitre 3, imparfaite [Bégin, 1997, p. 424-425, 427].

### 3.3.2.3 Quelques réserves à l'encontre de l'analogie du roman à la chaîne

Avant de regarder la démarche qu'utiliserait le juge Hercule de manière plus concrète, il importe de faire part des réserves que certains auteurs ont formulées à l'égard de la métaphore du roman à la chaîne. La première réserve qu'il convient de souligner est celle formulée par David O. Brink. Selon lui, l'image du roman à la chaîne fournit un éclairage intéressant, mais elle est toutefois trompeuse à au moins un égard, soit celui des contraintes de création [Brink, 2016, p. 294]. Brink reconnaît que tant l'auteur que le juge se trouvent contraints par l'interprétation qu'ils feront des matériaux qui précèdent leur chapitre ou leur décision. Par conséquent, tous deux ne peuvent pas légitimement ajouter un élément qui contredit, sans justification aucune, l'histoire telle que déjà amorcée. Cependant, la contrainte qui pèse sur l'auteur cesse à ce moment alors qu'elle perdure pour le juge [Brink, 2016, p. 294]. En effet, l'auteur est libre d'ajouter tout élément qui ne va pas à l'encontre de l'histoire déjà en place. Le juge, pour sa part, doit se contenter d'ajouter des éléments déjà implicitement présents dans les précédents, sans pouvoir en inventer de toute pièce. Les contraintes qui pèsent sur leurs épaules ne sont donc pas les mêmes puisque seulement l'un d'entre eux peut ajouter de nouveaux éléments qui ne se trouvaient pas déjà présents d'une quelconque façon.

Gérard Timsit met aussi en garde quant à l'utilisation qu'il convient de faire de la métaphore du roman à la chaîne comme explication du travail des juges. À cet effet, il fait valoir que la métaphore du roman à la chaîne doit être comprise comme une métaphore jouant un rôle de figure plutôt qu'un rôle de structure. En employant une telle métaphore, il faut donc être conscient que les deux domaines mis en relation sont hétérogènes et donc que la métaphore est davantage le « révélateur d'une problématique » qu'un instrument analytique [Timsit, 2005, p. 394]. Malgré ce que Dworkin en dit, Timsit croit que droit et littérature doivent être distingués puisque les similitudes que Dworkin y relève sont quelque peu artificielles, le style du roman à la chaîne étant, par exemple, un style relativement marginal en littérature et les notions de compatibilité et de justification en littérature demandant beaucoup d'adaptation pour ressembler à celles présentes dans le droit [Timsit, 2005, p. 399-400]. À son avis, cette métaphore a le mérite de fournir une

image intéressante pour illustrer la réduction de la liberté de création des juges-auteurs au fil de l'augmentation du corpus qui les précède, mais il faut néanmoins se garder de lui accorder un potentiel explicatif trop étendu.

### **3.4 Le juge Hercule en action**

Puisque le chapitre 3 du présent mémoire est consacré à la comparaison entre, d'une part, la théorie adjudicative proposée par Dworkin et, d'autre part, le cadre conceptuel sous-tendant deux décisions de la Cour suprême du Canada en matière d'aide médicale à mourir, il est nécessaire d'avoir une base commune sur laquelle comparer les cadres. Or, jusqu'ici, le cadre conceptuel de Dworkin en matière d'adjudication a été présenté de manière abstraite et théorique alors que celui associé au raisonnement des juges de la Cour suprême du Canada n'est pas disponible sous ce format : il est plutôt entremêlé avec des considérations pratiques propres à chaque dossier et exprimé à travers le discours judiciaire. Pour pallier cette différence, nous consacrerons la présente sous-section à la présentation du processus décisionnel qu'emprunterait le juge Hercule lorsque confronté à un dossier de nature constitutionnelle. Ce processus se trouve principalement aux chapitres VIII, IX et X de *Law's Empire* en plus de nécessiter des renvois à différentes parties de l'œuvre de Dworkin. Au bout du compte, cet exercice devrait faciliter l'analyse qui sera faite du processus d'adjudication emprunté par les juges de la Cour suprême en plus de rendre plus aisée la comparaison entre les deux cadres conceptuels.

Commençons par rappeler le but poursuivi par les juges qui acceptent la théorie du droit-intégrité et, par conséquent, la théorie des droits qui y est sous-jacente. Pour Dworkin, de tels juges « decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community. They try to make that complex structure and record the best these can be » [Dworkin, 2016, p. 255]. Il est ainsi question de chercher des principes qui justifient les droits et les devoirs qu'ont les citoyens et cette justification est en fait une interprétation constructive, la meilleure qui soit, de la pratique et des institutions politiques de la communauté. Les cas de nature constitutionnelle sont, à cet égard, identiques aux

autres cas en ce que le but poursuivi par les juges appelés à les trancher reste de fournir une réponse représentant le droit de la communauté sous son meilleur jour. Toutefois, il serait faux de prétendre que les dossiers constitutionnels ne diffèrent en rien des autres dossiers. En effet, étant donné le rôle central et fondamental de la loi constitutionnelle, il est important que l'interprétation qui en est faite soit elle aussi fondamentale, c'est-à-dire qu'elle soit en mesure de justifier les arrangements politiques les plus élémentaires de la communauté, et par le fait même, ses fondations philosophiques [Dworkin, 2016, p. 380].

La première étape dans le cheminement d'Hercule consiste à déterminer toutes les conceptions possibles de chacun des concepts impliqués [Dworkin, 2016, p. 381]. Dans l'exemple de Dworkin, qui concerne la clause américaine d'égale protection, il est question pour Hercule de comparer les différentes conceptions existantes de l'égalité puisque chacune d'entre elles fournit une réponse qui n'est pas tout à fait la même. En clarifiant la conception qui semble constituer la meilleure justification possible de la pratique, Hercule obtient certaines informations pertinentes pour sa délibération, notamment la façon dont les conflits juridiques abstraits doivent être résolus, chaque conception ayant une réponse quelque peu différente selon les principes qu'elle préconise [Dworkin, 2016, p. 301]. La deuxième étape consiste pour Hercule à s'interroger, à l'aide de deux questions, sur le degré auquel la Constitution limite le pouvoir législatif en matière de principes et de politiques : La Constitution stipule-t-elle une conception précise à laquelle le pouvoir législatif doit souscrire lorsqu'elle promulgue des politiques ? et La Constitution impose-t-elle le respect de certains droits individuels opposables à la majorité dans la promulgation de politiques, et ce, nonobstant la conception retenue ? [Dworkin, 2016, p. 381-382]. Le reste du processus dépendant des réponses que donnera Hercule à ces deux questions, il est ici nécessaire de les présenter. Ainsi, il répondra par la négative à la question de la conception imposée par la Constitution, mais cette absence d'imposition vient au prix d'une réponse positive à la deuxième question [Dworkin, 2016, p. 382]. Ainsi, bien que le pouvoir législatif soit libre de retenir la conception de son choix pour chaque concept impliqué, ce choix doit être compatible avec les droits individuels promulgués par la Constitution. C'est ce qui conduit Hercule à la troisième étape consistant à identifier quels sont ces droits prévus par la Constitution et quelle interprétation constructive de ces droits

correspond le mieux à la pratique de la communauté (pratique constitutionnelle du 14<sup>e</sup> amendement dans le cas de l'exemple donné par Dworkin) [Dworkin, 2016, p. 382]. Chaque interprétation constructive devra être considérée de manière abstraite, mais aussi pratique afin d'en évaluer les répercussions concrètes [Dworkin, 2016, p. 285-286, 385].

Une fois ces différentes interprétations des droits formulées, il est temps pour le juge Hercule de leur appliquer les tests prévus par les dimensions de compatibilité et de justification [Dworkin, 2016, p. 387]. Par conséquent, il doit se demander si les différentes justifications des droits reposent sur des principes qui sont à la fois compatibles avec et justifiés par les pratiques et les institutions de la communauté. Dans un premier temps, il évaluera les interprétations qui passent le seuil de compatibilité qu'il s'est fixé, c'est-à-dire les interprétations qui, sans expliquer l'ensemble des pratiques de la communauté, demeurent compatibles avec une bonne partie de celles-ci. Dans un deuxième temps, c'est à la lumière des principes de justice et d'équité que le juge Hercule évaluera laquelle des interprétations montre la communauté sous son meilleur jour. Plusieurs facteurs entreront en jeu. Il considérera l'opinion de la communauté et ses traditions [Dworkin, 2016, p. 398]. Il exercera son jugement personnel pour déterminer qu'est-ce que le meilleur jour de la communauté en regard de la moralité politique de cette dernière. Il devra référer à ses convictions supérieures sur la justice et l'équité lorsque ces deux principes s'opposent, tout comme il réfèrera à ses convictions supérieures portant sur la façon dont les deux principes doivent être balancés. Une fois sa décision prise quant au sort de la loi faisant l'objet de la contestation constitutionnelle, le travail d'Hercule n'est pas forcément terminé. Ainsi, s'il juge la loi inconstitutionnelle, il devra se pencher sur les remèdes puisqu'il s'agit là aussi d'une question de droit, l'étendue des droits procéduraux étant directement reliée à la mise en œuvre des droits fondamentaux [Dworkin, 1985, p. 84-85 ; Dworkin, 2016, p. 389]. Ce n'est qu'alors qu'Hercule pourra être considéré comme ayant mené à bien la démarche que la théorie des droits exige de lui.

Complétons la présentation par deux remarques portant respectivement sur le rôle des précédents et celui de l'intention de l'auteur dans la démarche d'Hercule. Premièrement,



la doctrine du précédent telle que conçue par Dworkin a pour base l'idée que les interprétations futures devraient être conformes à celles ayant déjà eu lieu. La conformité dont il est question en est une de conception, c'est-à-dire que la conception d'un droit favorisée par une cour dans le passé devrait, toutes choses étant égales par ailleurs, être la même dans la nouvelle décision à rendre [Brink, 2016, p. 292]. Par conséquent, une doctrine du précédent stricte signifie que les conditions nécessaires pour dévier de la conception entérinée par une autre cour sont nombreuses. À l'inverse, une doctrine plus relaxée signifie que les conditions nécessaires sont modérées. Ces conditions varieront en fonction des domaines de droit : les domaines qui demandent une certaine coordination entre eux, comme le droit transactionnel, imposeront un respect du précédent plus sévère alors que les domaines impliquant des droits individuels délaisseront l'exigence d'une conception conforme aux précédents au profit de la bonne conception [Brink, 2016, p. 292]. Cette contrainte moindre du précédent provient de la nature fondamentale des droits impliqués qui fait en sorte que ces derniers priment sur les bénéfices généralement attribués à la stabilité [Dworkin, 2016, p. 368-369]. Plus exactement, Dworkin soutient que la stabilité qui prime dans les cas impliquant les droits fondamentaux en est une d'intégrité, c'est-à-dire une interprétation des droits fondamentaux représentant une vision cohérente de la justice [Dworkin, 2016, p. 368-369].

Deuxièmement, Hercule doit faire un usage particulier du concept d'intention de l'auteur lorsqu'il interprète des textes législatifs ordinaires ou celui de la Constitution. Tout d'abord, il doit considérer le pouvoir législatif dont émane les lois comme un auteur qui le précède dans la chaîne du droit, mais un auteur détenant des pouvoirs et des responsabilités particuliers [Dworkin, 2016, p. 313]. Puisqu'il applique aux textes législatifs la même méthode d'interprétation constructive que celle qu'il applique aux précédents, il doit déterminer les politiques et les principes, tout comme leur dosage, qui fournissent la meilleure justification de la loi à interpréter, les politiques étant ici considérées puisque la législature peut légitimement employer des arguments de cette nature. Cet assemblage sera jugé meilleur qu'un autre s'il justifie le mieux possible les mots qui forment le texte de la loi et l'ensemble des articles de la loi ; c'est la notion d'intégrité textuelle [Dworkin, 2016, p. 342]. Une interprétation respectant l'intégrité textuelle sera jugée d'autant plus

satisfaisante si elle permet aussi de justifier d'autres textes de loi et si elle respecte l'équité politique, c'est-à-dire qu'elle prend en considération l'avis populaire tel que rendu disponible par les déclarations législatives [Dworkin, 2016, p. 342]. L'interprétation législative et constitutionnelle faite par Hercule ressemble fortement à celle qu'il fait de la jurisprudence puisque, dans les deux cas, il ne considère pas les données interprétées comme un acte de communication situé dans le temps et dont le sens est fixé de manière définitive, mais plutôt comme un événement politique ou judiciaire dont il convient d'interpréter le texte, mais aussi l'évolution [Dworkin, 2016, p. 348-349].

### **Conclusion du chapitre**

Cette présentation du processus d'adjudication suivi par Hercule clôt la partie du mémoire qui porte sur la présentation de la théorie du droit de Ronald Dworkin. Elle a permis de mettre en lumière les éléments caractéristiques de cette théorie ainsi que la façon dont celles-ci affectent la théorie de l'adjudication qui en découle. La présentation du processus adjudicatif suivi par le juge Hercule permet ainsi de voir comment tous ces éléments théoriques se combinent pour former une théorie de l'adjudication pouvant être réellement employée par un juge. Ces considérations seront toutefois mises de côté pour le deuxième chapitre deux puisque celui-ci se concentrera sur le discours judiciaire dans deux arrêts de la Cour suprême du Canada, les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Nous remobiliserons cependant la théorie dworkinienne à l'occasion du troisième chapitre dans lequel prendra place l'exercice comparatif entre, d'une part, ce qui a été exposé dans le chapitre premier et, d'autre part, ce qui sera présenté dans le chapitre qui suit.

## Chapitre 2 – Les balises conceptuelles des juges dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*

### Introduction du chapitre

Jusqu'ici, le premier chapitre a servi à exposer la philosophie du droit proposée par Ronald Dworkin et à déterminer les contraintes et exigences que fait peser cette théorie sur les juges appelés à rendre une décision. Pour les fins du présent chapitre, nous mettrons la théorie dworkinienne de côté afin de nous concentrer sur l'analyse du discours des juges de la Cour suprême du Canada. L'objectif de ce chapitre est de mettre en lumière les considérations qui structurent le discours de ces juges, et ce, malgré le fait qu'elle n'est pas formulée de manière aussi systématique que le serait une théorie de l'adjudication élaborée dans l'abstrait. Il s'agit donc d'un exercice de reconstruction qui ne prétend toutefois pas être exhaustif. En effet, la théorie que nous souhaitons définir est celle émanant principalement de deux décisions de la Cour suprême, soit les arrêts *Rodriguez* de 1993 et *Carter* de 2015, ainsi que de certaines décisions citées à l'occasion de l'un ou l'autre de ces arrêts. Les raisons derrière ce choix sont au nombre de deux. D'une part, le temps dont nous disposons ne nous permet pas de procéder à l'analyse de l'ensemble des décisions de la Cour suprême rendues dans les vingt dernières années. Qui plus est, rien ne garantit que cet exercice permettrait l'articulation d'une théorie cohérente exempte de contradictions. D'autre part, la mise en relation des arrêts *Rodriguez* et *Carter* est instructive en soi puisqu'elle implique deux décisions qui traitent de faits et de législation similaire, mais qui impliquent des verdicts fort différents. Cette situation force la Cour à justifier cette volte-face et constitue une occasion pour la Cour d'effectuer une réflexion sur son propre rôle ainsi que sur les contraintes pesant sur elle. Ces deux décisions permettent donc d'articuler une théorie de l'adjudication partielle, mais suffisamment étoffée pour procéder à l'exercice de comparaison auquel nous la destinons à l'occasion du chapitre 3.

En plus des décisions *Rodriguez* et *Carter* rendues par la Cour suprême, nous nous intéresserons aux jugements des instances inférieures dans ces affaires puisqu'ils contiennent une grande partie des arguments sur lesquels la Cour suprême s'est appuyée. Nous référerons aussi aux autres décisions de la Cour suprême citées par les juges dans *Rodriguez* et *Carter* ainsi qu'à certains commentateurs, philosophes ou juristes, qui se sont

penchés sur ces questions dans le contexte canadien. Fort de cette théorie adjudicative issue directement du discours judiciaire, il sera alors possible de procéder à la dernière étape du mémoire, soit l'exercice comparatif visant à évaluer si la théorie de l'adjudication de Dworkin constitue une justification adéquate au revirement jurisprudentiel s'étant opéré entre *Rodriguez* et *Carter*.

Pour parvenir à cette conclusion, nous diviserons le chapitre en six sections à la généralité décroissante. La première section constituera une brève mise en contexte consacrée à présenter les faits et les particularités des affaires *Rodriguez* et *Carter* (1) alors que la deuxième section servira à définir certains termes employés par les juges en spécifiant le sens qu'ils attribuent à ces termes (2). Dans la troisième section, nous nous pencherons sur le rôle que les juges attribuent au pouvoir judiciaire au sein de l'État canadien (3). Par la suite, nous aborderons la conception qu'ont les juges de l'interaction entre droit, politique et morale (4) avant de s'intéresser aux balises du processus interprétatif qui doivent guider leur jugement (5). Finalement, nous nous intéresserons aux sources d'informations que les juges estiment valides et à la façon dont elles sont intégrées au discours judiciaire (6). Par ces étapes, nous visons à mettre en lumière les règles suivies par les juges lorsqu'ils doivent interpréter et parfois même produire le droit. Ce sont ces mêmes règles qui pourront alors être comparées avec celles proposées par Dworkin et c'est là l'exercice comparatif auquel nous nous attèlerons lors du troisième et dernier chapitre.

Il convient d'ajouter une dernière précision avant de débiter l'exercice de reconstruction que nous nous proposons de faire. En tentant d'exhumer les différentes considérations qui interviennent dans le discours des juges, nous procédons à une analyse de discours s'intéressant à la fois au fond et à la forme des motifs écrits des juges. Pour analyser le fond de leur discours, nous procéderons à une lecture serrée de ceux-ci en plus de référer aux différents auteurs qui se sont intéressés à ces décisions précises. Pour la forme, nous irons au-delà des motifs couchés sur le papier pour tenter de comprendre la conception que se font les juges de leur rôle, de leurs devoirs et de leur marge de manœuvre. Pour parvenir à déterminer leur opinion sur ces différents sujets, nous analyserons donc la façon dont ils

se sont comportés face à certaines situations comme l'intégration ou non de la morale dans leur discours, les cas pour lesquelles ils se sentent obligés de justifier leurs actions ou encore, les limites qu'ils ont décidé franchir en matière de séparation des pouvoirs. Ce n'est qu'en procédant à une analyse sur le fond et la forme que nous pourrions reconstruire un cadre conceptuel suffisamment étoffé pour être comparé à celui proposé par Ronald Dworkin.

### **1. Les arrêts *Rodriguez et Carter***

Avant d'aller plus loin dans l'analyse du discours judiciaire, il importe de justifier quelque peu le choix des arrêts *Rodriguez et Carter* à titre d'objet d'analyse. Nous offrirons donc un résumé succinct des faits en cause ainsi que des motifs des juges dans chaque cas avant de préciser en quoi ces décisions sont dignes d'intérêt en matière de théorie adjudicative.

L'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* a abouti devant la Cour suprême en 1993. À l'origine de ce litige, on retrouve Mme Sue Rodriguez, une résidente de la Colombie-Britannique atteinte de la sclérose latérale amyotrophique (SLA). Cette maladie est incurable et dégénérative, ce qui conduira Mme Rodriguez à subir une perte graduelle de l'usage de ses membres menant inévitablement à la mort. Consciente de ce qu'il l'attend, mais déterminée à profiter le plus longtemps possible du temps qu'il lui reste sans être paralysée, Mme Rodriguez demande qu'un médecin soit autorisé à l'aider à mettre fin à ses jours au moment où elle décidera que la vie ne vaut plus la peine d'être vécue. Cependant, l'alinéa 241b) du *Code criminel* interdit toute forme d'aide au suicide, y compris l'aide qui pourrait être fournie par un médecin sous quelque forme que ce soit, y compris la mise en place d'un dispositif causant la mort et dont l'activation appartiendrait exclusivement à Mme Rodriguez. De plus, les sanctions prévues pour quiconque commet cette infraction sont fortement dissuasives puisqu'elles peuvent aller jusqu'à quatorze ans de prison. Mme Rodriguez se retrouve donc devant un choix cruel, soit mettre fin elle-même à ses jours alors qu'elle est encore en mesure de jouir de la vie ou voir sa situation dégénérer jusqu'à ce qu'elle aboutisse à la mort et ce sans aucun contrôle sur le processus. Dans son recours, Mme Rodriguez s'attaque à la constitutionnalité de l'alinéa 241b) du

*Code criminel* en invoquant l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet article prévoit que « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». L'argument de Mme Rodriguez est donc que cette interdiction de l'aide au suicide contrevient à son droit à la liberté et à la sécurité de la personne. La décision, rendue à cinq juges contre quatre, ne donne cependant pas raison à Mme Rodriguez, maintenant ainsi l'interdiction en place.

Il faudra attendre 22 ans avant que la Cour suprême soit appelée à se prononcer à nouveau sur la question de l'aide au suicide. Encore une fois, il s'agit d'une résidente de la Colombie-Britannique, Mme Taylor, elle aussi atteinte de sclérose latérale amyotrophique. À son recours se sont aussi ajoutés Mme Carter et M. Johnson qui avaient aidé la mère de Mme Carter à obtenir de l'aide au suicide en Suisse. Ensemble, ils ont décidé de remettre en question l'alinéa 241b) du *Code criminel* interdisant toujours d'aider quiconque à se donner la mort. Les arguments avancés par les demandeurs sont très similaires à ceux invoqués par Mme Rodriguez puisqu'ils consistent eux aussi à attaquer la constitutionnalité de l'alinéa en question sur la base de l'article 7 de la *Charte*. Cette fois, la Cour suprême du Canada rend une décision unanime en faveur de l'inconstitutionnalité de l'alinéa 241b), donnant un an au gouvernement pour mettre en place un nouveau régime législatif balisant les conditions d'admissibilité et les modalités de l'aide au suicide.

Lorsqu'elles sont lues en parallèle, ces deux décisions nous renseignent, en partie du moins, sur le processus décisionnel des juges. En effet, dans les deux cas, les faits à la base du litige et les lois en vigueur qui régissent ces faits sont identiques. Tant l'alinéa 241b) que l'article 7 de la *Charte* sont invoqués, mais l'interprétation qui est faite de l'article 7 est tout à fait différente d'un jugement à l'autre. Dans l'arrêt *Rodriguez*, la majorité avait conclu que l'interdiction était constitutionnelle, car bien qu'elle prive effectivement Mme Rodriguez d'une partie de sa sécurité, cette privation avait été jugée en conformité avec les principes de justice fondamentale dont il est question à l'article 7. Leur attention avait alors porté tout particulièrement sur le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la

personne de Mme Rodriguez ainsi que sur le principe du caractère sacré de la vie et celui de la protection des personnes vulnérables. Dans l'arrêt *Carter*, c'est plutôt le droit à la vie qui retient davantage l'attention des juges et, bien que les principes du caractère sacré de la vie et de la protection des personnes vulnérables aient été pris en compte, ce sont ceux de l'autonomie et de la dignité de la personne qui reviennent le plus dans les motifs. Qui plus est, les principes de justice fondamentale qui sont considérés dans *Carter*, soit le caractère arbitraire de la loi, la portée excessive de la loi et le caractère totalement disproportionné de la loi, sont plus nombreux que dans *Rodriguez* où les juges n'avaient considéré que le principe de justice fondamentale du caractère arbitraire de la loi.

Ces deux décisions représentent donc un intérêt du point de vue de la théorie adjudicative puisqu'elles mettent en lumière un changement important dans l'interprétation que font les juges d'un texte constitutionnel en plus de nous renseigner sur différents enjeux auxquels doivent faire face les juges. Pour n'en citer que quelques-uns, nous pouvons dire que les juges rendant ces jugements ont été confrontés à des questions relatives à la prise en considération du contexte sociohistorique, à la façon dont la pratique législative de juridictions étrangères peut être considérée, à la façon dont les précédents possèdent la capacité de lier les futurs décideurs ainsi qu'à des questions portant sur la façon dont le droit est appelé à évoluer. Comme les juges ont le devoir de justifier leurs décisions, les réponses à ces questions se trouvent à travers leurs motifs et c'est particulièrement vrai lorsque ces motifs servent à justifier des décisions d'une importance majeure comme c'est le cas en l'espèce.

## **2. Définition judiciaire des termes employés**

À titre d'étape préalable, il convient de s'intéresser à certains termes qui reviennent de manière récurrente dans le discours judiciaire. Les termes sélectionnés ont pour particularité de jouer un rôle important dans les décisions *Rodriguez* et *Carter* en plus d'être compris d'une manière précise par les juges. Nous débuterons donc le présent chapitre par l'exposition de la signification de ces termes lorsqu'ils sont employés dans les décisions de la Cour suprême du Canada.

## 2.1 Politique

Le premier terme à définir est celui de politique (ou *policy* en anglais). Selon le juge Sopinka qui, dans l'arrêt *Rodriguez*, s'exprime pour la majorité, une politique est une orientation adoptée par l'État qui vise à guider le comportement des individus et de la société [*Rodriguez*, 1993, p. 595]. Par exemple, pour la majorité, l'État possède une politique « suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie » [*Rodriguez*, 1993, p. 595] et cette politique constitue un moyen permettant l'atteinte d'un objectif, soit celui de protéger les personnes vulnérables qui seraient incitées à se suicider. Toujours dans *Rodriguez*, le juge Sopinka rappelle l'importance pour la Cour de ne pas tenter d'apporter « des changements fondamentaux à des politiques bien établies » [*Rodriguez*, 1993, p. 589-590]. Cette mise en garde est formulée en prenant en compte la structure constitutionnelle canadienne qui fait de la formulation et de la modification des politiques une prérogative du pouvoir législatif. Selon le juge Hollinrake de la Cour d'appel de Colombie-Britannique cité dans *Rodriguez*, cette prérogative possède d'ailleurs des assises tant légales qu'historiques [*Rodriguez*, 1993, p. 542]. Les politiques appartenant au domaine législatif, il apparaît donc normal de les distinguer des droits individuels qui font plutôt partie de la sphère judiciaire. C'est d'ailleurs ce que fait le juge McEachern de la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans *Rodriguez* lorsqu'il oppose « general policy question » et « the right of a single person », les juges ayant juridictions lorsqu'il est question du second [*Rodriguez* (C.A.), 1993, par. 69].

À travers les différentes instances de l'affaire *Carter*, l'utilisation qui est faite du terme « politique » semble être la même que celle précédemment dégagée de l'arrêt *Rodriguez*. Bien qu'y référant moins souvent, les juges font encore de cette notion une prérogative du législateur. Qui plus est, les juges qualifient de « sociales » les politiques qui entourent le dossier de l'aide médicale à mourir et soulignent leurs interactions avec les différentes valeurs en jeu [*Carter*, 2015, p. 380]. Les politiques sont donc, encore une fois, comprises comme constituant le principal outil par lequel le législateur peut faciliter l'atteinte d'un objectif.



## 2.2 Principes et principes de justice fondamentale

Les notions de principes et de principes de justice fondamentale jouent un rôle-clé dans les affaires *Rodriguez* et *Carter*. Ce rôle central s'explique par le fait que l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est au cœur du litige dans les deux affaires et que c'est précisément à cet article qu'on retrouve la référence aux principes de justice fondamentale. Cependant, le fait que la notion de principe de justice fondamentale soit enchâssée dans un texte constitutionnel ne simplifie pas pour autant l'exercice de définition. En effet, c'est l'une des particularités des textes constitutionnels que d'être l'objet d'une interprétation évolutive et c'est pourquoi nous exposerons tant la définition qui en est donnée au moment de rendre l'arrêt *Rodriguez* que lors de sa réinterprétation dans *Carter* [Tremblay, 1995, p. 521]. Nous débiterons toutefois avec la notion plus générale de principe avant de nous intéresser à celle de principe de justice fondamentale.

La notion de principe est fréquemment évoquée dans les motifs de tous les juges ayant entendu l'affaire *Rodriguez*. Pour les juges, un principe doit être compris comme un motif d'agir d'une façon donnée, c'est-à-dire comme constituant un guide orientant l'action. Par exemple, pour le juge Lamer, il faut déterminer l'objectif législatif derrière l'interdiction de l'aide au suicide et le principe qui sous-tend cet objectif [*Rodriguez*, 1993, p. 561]. Dans le cas présent, il s'agit du principe de préservation de la vie et c'est parce qu'il est capable d'identifier un tel principe que le juge Lamer estime l'objectif législatif comme étant valable, urgent et réel. Ces principes peuvent être répartis en deux catégories selon les juges de la majorité, soit les principes juridiques, ou principes de justice fondamentale, et les principes moraux [*Rodriguez*, 1993, p. 590-591]. La principale différence entre ces deux catégories est leur reconnaissance par le droit. Ainsi, tous les principes de justice fondamentale sont des principes moraux, mais l'inverse n'est pas vrai, certains principes moraux existant valablement, mais n'étant pas entérinés par le système juridique. Quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent, les principes sont aussi caractérisés par leur possibilité d'évoluer et de se transformer de manière à s'adapter à l'évolution de la société [*Rodriguez*, 1993, p. 591-592]. Les juges ont ainsi considéré que le principe de préservation de la vie, jadis absolu, s'était transformé de manière à comprendre des

exceptions comme en fait foi la décriminalisation du suicide en 1972 [*Rodriguez*, 1993, p. 595]. Le principe de préservation de la vie demeure primordial, mais la façon d'actualiser ce principe tend à se modifier. Terminons la présentation de la notion de principe appliquée dans *Rodriguez* en mentionnant que les principes peuvent entrer en conflit les uns avec les autres. Dans de tels cas, la Cour peut avoir à trancher entre différents principes concurrents afin de déterminer lequel doit primer sur les autres comme ce fut le cas dans l'affaire *Rodriguez* où le principe de préservation de la vie a été préféré à celui d'autonomie et de dignité de la personne [*Rodriguez*, 1993, p. 613]. Comme la notion de principe mobilisée dans l'arrêt *Carter* est très similaire à celle utilisée dans *Rodriguez*, il n'est pas nécessaire de procéder au même exercice définitionnel.

Les principes fondamentaux, à propos desquels quelques mots seulement sont glissés, peuvent être compris comme l'étape intermédiaire entre les principes et les principes de justice fondamentale. En effet, selon la majorité dans *Rodriguez*, on peut dire d'un principe qu'il est fondamental lorsqu'il existe un certain consensus à l'égard de son importance, c'est-à-dire qu'il serait « généralement accepté parmi des personnes raisonnables » [*Rodriguez*, 1993, p. 607]. Dans un tel cas, l'adjectif « fondamental » vient donc qualifier l'importance d'un principe pour une société donnée à un moment donné et constitue simplement une indication temporellement et culturellement située, sans pour autant prétendre attribuer une supériorité objective à celui-ci.

Les principes de justice fondamentale sont, pour leur part, des principes généralement acceptés par des personnes raisonnables, relatifs à la justice et constituent la contrepartie juridique des principes moraux. Dans *Rodriguez*, la juge McLachlin offre une définition de ces principes lorsqu'elle écrit qu'ils sont « les préceptes fondamentaux de notre système juridique, et leur rôle est d'assurer que les ingérences de l'État dans la vie, la liberté et la sécurité de la personne soient conformes à nos notions historiques, et en évolution, d'équité et de justice » [*Rodriguez*, 1993, p. 619]. Ainsi, dans la compréhension de la juge McLachlin, les principes de justice fondamentale jouent le rôle de balises quant aux ingérences potentielles de l'État dans les droits de ses citoyens. Ces principes visent à

s'assurer que ces ingérences sont limitées à celles pouvant être justifiées par la pratique de la communauté, soit son histoire, mais aussi par la direction que prend cette communauté. Les principes de justice fondamentale constituent ainsi des ponts entre le passé et le futur, s'assurant que seules les ingérences conformes à l'équité et à la justice soient tolérées et perpétuées. La majorité offre aussi une définition de ce qu'elle entend par principe de justice fondamentale lorsqu'elle écrit :

« les principes [de justice fondamentale] doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime être juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible » [*Rodriguez*, 1993, p. 590-591].

Toujours selon la majorité, un principe peut être fondamental pour une société sans pour autant constituer un principe de justice fondamentale [*Rodriguez*, 1993, p. 592]. En fait, au moment où *Rodriguez* a été rendu, un seul principe avait été reconnu comme constituant un principe de justice fondamentale. Il s'agissait du principe en vertu duquel une loi ne doit pas posséder un caractère arbitraire, ou formulé positivement, le principe selon lequel une loi doit absolument avoir un lien avec l'intérêt de l'État et posséder un fondement « dans la tradition juridique et les croyances de la société » [*Rodriguez*, 1993, p. 595]. Pour la majorité, un tel lien existait entre la prohibition totale de l'aide au suicide et le principe de préservation de la vie en vertu duquel l'État doit protéger les personnes vulnérables. Pour les juges dissidents, cependant, un tel lien n'existe pas, rendant la prohibition totale arbitraire.

Entre le moment où l'arrêt *Rodriguez* a été rendu et celui où l'arrêt *Carter* l'a été, 22 ans se sont écoulés pendant lesquels la jurisprudence portant sur l'article 7 s'est développée. C'est donc armés d'une compréhension affinée des principes de justice fondamentale que les juges ont fourni un jugement unanime déclarant l'interdiction totale de l'aide au suicide inconstitutionnelle. Les principes de justice fondamentale constituent toujours des balises

aux empiètements de l'État sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des citoyens, mais la Cour estime dans *Carter* qu'ils sont désormais au nombre de trois principes centraux. Une loi conforme aux principes de justice fondamentale ne doit donc pas être arbitraire, avoir une portée excessive ou avoir des conséquences totalement disproportionnées par rapport à son objet [*Carter*, 2015, p. 372]. Ces trois principes constituent ainsi les exigences minimales auxquelles doit satisfaire une loi afin d'être jugée conforme aux exigences de la société canadienne en matière de justice. En ce qui concerne la criminalisation de l'aide au suicide, les juges ont estimé qu'elle n'était pas arbitraire, mais qu'elle possédait une portée excessive puisqu'elle ne se limitait pas à protéger des gens vulnérables. En effet, elle avait aussi pour conséquence d'empêcher des gens intellectuellement aptes et souffrants de décider du cours à donner à leur vie [*Carter*, 2015, p. 376]. Par conséquent, une telle interdiction ne correspondait pas aux exigences de la justice et de l'équité telles que comprises par la société canadienne et s'est donc avérée inconstitutionnelle.

### **2.3 Cas difficiles et complexes**

Pour clore cette section, il est intéressant de glisser quelques mots sur la notion de cas difficiles ou de cas complexes. Bien que le sens de ces expressions soit relativement clair, il est pertinent de s'interroger sur les caractéristiques des cas que les juges qualifient de complexes ou de difficiles, ne serait-ce que pour éclairer les éléments qui, de l'aveu même des juges, compliquent leur travail.

À la lecture des arrêts *Rodriguez* et *Carter*, nous pouvons dire que les juges estiment complexes les cas où la société est divisée entre différentes options raisonnables, mais opposées et qui imposent un fardeau à un groupe ou à un autre [*Rodriguez*, 1993, p. 564]. Pour le juge Lamer, c'est d'ailleurs une des caractéristiques de la démocratie que de permettre un partage de « ces choix difficiles » qui exigent de traiter des revendications contradictoires quant à l'allocation de certaines ressources limitées autrement [*Rodriguez*, 1993, p. 563]. À cela s'ajoutent aussi des considérations extra juridiques issues de la politique et de la morale. Citant un jugement portant sur la question de la prostitution,

l'arrêt *Bedford*, le juge Lamer fait référence à l'interdiction de cette pratique comme étant une mesure traitant d'un « compromis politique fondé sur des valeurs morales », disant qu'elle constitue une question « particulièrement controversée et, par moment, chargée d'éléments moraux qui exige de soupeser des pressions politiques contradictoires » [Rodriguez, 1993, p. 564]. Cette affirmation trouve écho 22 ans plus tard dans *Carter* où l'on affirme que « l'aide médicale à mourir soulève des questions complexes de politique sociale et un certain nombre de valeurs sociales opposées » [Carter, 2015, p. 380]. Il semblerait donc que les cas sont qualifiés de difficiles par les juges lorsqu'ils traitent de sujets qui ne font pas consensus dans la société et qui font intervenir, de part et d'autre, des considérations juridiques, mais aussi politiques et morales. Ce sont d'ailleurs les considérations de nature politique et morale qui mènent les juges à s'interroger sur les limites de leur rôle. En effet, alors que leur légitimité quant aux questions de droit n'est plus à démontrer, il ne règne pas une aussi grande certitude en matière de questions politiques et morales, la *Charte canadienne des droits et libertés* venant brouiller quelque peu les frontières de chacun de ces domaines. C'est donc sur la place du pouvoir judiciaire au sein de l'État canadien telle que la conçoivent les juges que nous nous pencherons maintenant.

### **3. La place du pouvoir judiciaire au sein de l'État**

#### **3.1 La conception judiciaire du rôle des juges**

La séparation des pouvoirs au sein d'une démocratie est un concept complexe et protéiforme. Depuis sa théorisation par Montesquieu dans *De l'esprit des lois*, il a fait l'objet de nombreux débats et remises en question [notamment Barberis, 2012 ; Boucobza, 2012 ; Hogg, 2015, p. 7-37 à 7-38.1]. Cependant, le fruit de ces débats ne constitue pas le point focal de la présente section puisqu'il y est plutôt question d'identifier la conception de la séparation des pouvoirs telle qu'elle transparait de leurs décisions. Ainsi, peu importe ce qu'en dit la littérature, c'est plutôt ce qu'en pensent certains acteurs spécifiques qui nous intéresse ici. Nous tenterons donc de voir à partir de leurs motifs comment les juges de la Cour suprême estiment que la séparation des pouvoirs au Canada limite ou balise leur sphère d'intervention dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Ces arrêts se prêtent d'ailleurs

bien à cet exercice puisqu'ils impliquent un cas difficile dont la particularité, comme nous l'avons vu dans la section précédente, est d'entremêler des questions juridiques, politiques et morales, ce qui constitue un terreau fertile à une réflexion sur les limites du pouvoir judiciaire. Donnons-nous simplement une définition basique de ce concept de séparation des pouvoirs afin de disposer d'une base de discussion. Cette définition est celle de Philippe Coppens qui écrit que « Le principe de séparation des pouvoirs signifie que plusieurs autorités se voient confier, en général par une constitution, des compétences propres dans la définition desquelles elles trouvent leurs limites » [Coppens, 2001, p. 36].

Dans les motifs minoritaires du juge Lamer rendus à l'occasion de l'affaire *Rodriguez*, ces considérations relatives à la séparation des pouvoirs interviennent au moment où, ayant déterminé qu'il existe une violation du droit à l'égalité garantie par l'article 15 de la *Charte*, le juge Lamer effectue le test de l'article premier. À l'occasion de ce test, il vérifie si la mesure législative prohibant l'aide médicale à mourir « est conçue pour porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits à l'égalité de l'appelante » [Rodriguez, 1993, p. 563]. Le juge Lamer, comme tous les juges appelés à effectuer ce test de constitutionnalité, est conscient de la nature délicate de cette tâche. En effet, citant un jugement rendu antérieurement, il écrit que :

« Le rôle de cette Cour n'est pas d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur. [...] La question que notre Cour doit trancher n'est pas de savoir si le Parlement a soupesé ces pressions et ces intérêts de façon sage, mais plutôt si la limite qu'il a imposée à un droit ou à une liberté reconnus par la *Charte* est raisonnable et justifiée » [Rodriguez, 1993, p. 564 citant *Renvoi relatif à l'art. 193* (...), 1990].

Par ce passage, le juge Lamer trace la ligne que les tribunaux ne doivent pas franchir. Ce n'est en effet pas les questions relatives à la sagesse des choix faits par le législateur qui doivent être traitées, puisqu'il s'agit de questions d'ordres politiques appartenant aux décideurs élus redevables devant leur électorat, mais plutôt les répercussions de nature juridique de ces choix. Lorsqu'il estime que la prohibition totale prévue par l'article 241b) est inconstitutionnelle, le juge Lamer ne fait donc que signifier que cette mesure porte atteinte à des droits fondamentaux et que cette atteinte, générée par une prohibition absolue,

ne constitue pas une atteinte minimale puisque d'autres mesures permettraient d'atteindre l'objectif législatif tout en limitant la violation des droits [Rodriguez, 1993, p. 568-569].

La réparation constitutionnelle proposée par le juge Lamer offre un autre exemple intéressant de la façon dont le pouvoir de la Cour ne peut franchir certaines limites. Ainsi, ayant estimé que l'article 241b) du *Code criminel* viole l'article 15 de la *Charte* et qu'il ne peut être sauvegardé par l'article premier de la même *Charte*, le juge Lamer déclare l'article du *Code criminel* invalide [Rodriguez, 1993, p. 570]. Cependant, pour éviter des conséquences potentiellement fâcheuses causées par la disparition soudaine de cette prohibition, il convient de maintenir l'article invalide en vigueur pour une période d'un an afin de permettre au législateur de revoir la loi. Par la même occasion, le juge Lamer refuse de procéder à l'élaboration de ce qu'il nomme un « "code" relatif au suicide assisté qui s'appliquerait pendant une période indéterminée suite à la présente décision » [Rodriguez, 1993, p. 570]. Au motif de ce refus, il mentionne la contradiction qui existerait entre un tel code et l'intention législative de prohiber totalement l'aide au suicide, ce qui reviendrait à « susciter de sérieuses inquiétudes sur les rôles respectifs des tribunaux et du législateur » [Rodriguez, 1993, p. 570]. Encore une fois, le juge Lamer indique que les tribunaux devraient se limiter à constater l'effet des mesures législatives et à invalider celles incompatibles avec la *Charte*, laissant tout ce qui peut s'apparenter à l'élaboration de textes normatifs aux soins du législateur.

La majorité dans Rodriguez partage l'avis exprimé sur ce point par le juge Lamer. Dans un paragraphe succinct, mais complet, elle précise que la sphère d'intervention des tribunaux est de vérifier si la loi est conforme avec la *Charte*, tant sur le fond qu'en matière de procédure [Rodriguez, 1993, p. 590]. Cet examen ne doit toutefois pas « chercher à apporter des changements fondamentaux à des politiques bien établies, en se fondant sur des principes constitutionnels généraux et sur sa propre opinion de la sagesse de la loi » [Rodriguez, 1993, p. 590]. Bien qu'un tel examen ouvre la porte à une part de jugement individuel, ce sont les considérations et conceptions de la société qui doivent primer, pas celles des juges pris individuellement. La Cour doit donc se garder de créer des dispositions

normatives ou d'en invalider certaines au motif qu'elles ne sont tout simplement pas optimales [Rodriguez, 1993, p. 615].

L'avis des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé sur la question du rôle des tribunaux est fort intéressant. Selon elles, toutes références à l'avis de la population ou à l'existence ou non d'un consensus quant à la question de l'acceptabilité de l'aide au suicide n'est tout simplement pas du ressort de la Cour [Rodriguez, 1993, p. 628]. Elles croient qu'il n'appartient pas non plus à la Cour d'évaluer la justesse de l'objectif législatif. Son rôle est plus modeste et consiste simplement à se demander si, dans le dossier de l'aide au suicide pour lequel le législateur a décidé de légiférer, il l'a fait « d'une manière fondamentalement équitable pour tous » [Rodriguez, 1993, p. 629]. Une telle approche minimise ainsi le temps passé par la Cour sur la mince frontière séparant politique et droit. Pour les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, la tâche de la Cour se résume simplement à évaluer si, oui ou non,

« étant donné le régime législatif institué par le Parlement pour réglementer le suicide, le fait de priver Sue Rodriguez du pouvoir de mettre fin à sa vie est arbitraire et équivaut par conséquent à une restriction de son droit à la sécurité de sa personne qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale » [Rodriguez, 1993, p. 628].

Comme ce fut le cas dans *Rodriguez*, les juges qui ont rendu la décision *Carter* ont été confrontés à la question de la séparation des pouvoirs et du rôle des tribunaux par rapport à celui du législateur. Ces considérations apparaissent pour la première fois lorsque la Cour est appelée à vérifier si l'article 241b) du *Code criminel* est conforme aux principes de justice fondamentale. Préablement à cet examen, la Cour présente quelques remarques sur la nature de son rôle à l'égard des principes de justice fondamentale. Elle prend ainsi le soin de préciser qu'au moment d'étudier les principes de justice fondamentale, « les tribunaux ne s'intéressent pas à des intérêts sociaux opposés ou aux avantages publics que procure la loi attaquée. Il convient plutôt d'étudier ces prétentions [...] à l'étape de la justification au regard de l'article premier de la Charte » [Carter, 2015, p. 374]. Par cette remarque, la Cour invite les tribunaux à différencier les types d'effets que peut avoir une



mesure législative donnée. Bien que cette mesure puisse apporter des bienfaits ou des avantages importants pour la société, ce n'est pas ce qui doit être évalué en vertu de l'article 7. Il faut simplement se demander si la mesure législative contestée porte bel et bien atteinte à un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et, le cas échéant, se demander si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. L'analyse que requiert l'article 7 se situe exclusivement sur le plan juridique puisqu'aucune considération de nature politique ne doit venir la teinter.

Cette divergence d'opinions entre la majorité et les juges formant la minorité peut avoir de multiples sources. Pour le professeur Bernatchez, cette divergence peut s'expliquer par une analyse de l'attitude des juges envers le législateur [Bernatchez, 2005-2006, p. 168]. À cette fin, il écrit que « les résultats du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous le régime de la *Charte* demeurent dépendants des représentations qu'entretiennent les juges quant à la légitimité de leur action constitutionnelle » et ajoute que ces représentations tirent leurs sources de différentes conceptions du droit, de la séparation des pouvoirs et de la démocratie [Bernatchez, 2005-2006, p. 169]. Discutant spécifiquement de l'arrêt *Rodriguez*, il explique la décision de la majorité par une manifestation de retenue qui tranche avec la plus grande part d'activisme revendiquée par les juges minoritaires [Bernatchez, 2005-2006, p. 222-223].

Ces quelques remarques couvrent l'ensemble de ce que la Cour écrit à propos de la séparation des pouvoirs au sein de l'État canadien. Nous prendrons toutefois le temps de soumettre quelques remarques sur cette séparation des pouvoirs bien qu'elle ne soit pas directement évoquée par les juges à l'occasion de l'arrêt *Carter*.

C'est à l'étape du test de l'article premier de la *Charte* que les considérations de nature politiques interviennent davantage. Ayant constaté l'existence d'une atteinte à un droit fondamental d'un individu ou d'un groupe d'individus, les cours doivent ensuite vérifier si cette atteinte peut être justifiée au sein d'une société libre et démocratique. Il s'agit, d'une

certaine manière, de la mise en relation d'intérêts distincts et parfois contradictoires : d'une part, ceux des individus, qui jouissent de protections constitutionnelles sous forme de droits et de libertés et, d'autre part, de ceux de la société, qui prennent la forme d'objectifs législatifs visant l'avènement de situations jugées désirables. Tant la protection des droits des individus que la réalisation des objectifs sociétaux sont, en soi, désirables et c'est pour cette raison que la tâche dévolue aux tribunaux par l'article premier est ardue. Ils doivent en effet déterminer, pour chaque situation judiciairisée, lequel de ces éléments doit primer.

On pourrait comparer le rôle des tribunaux à l'égard des droits fondamentaux à celui de gardiens. Ils ont en effet pour mission de veiller à ce que les mesures législatives n'empiètent pas sur ces derniers. Lorsqu'un tel empiètement existe, leur rôle est alors de s'assurer que cet empiètement est causé par une loi dont l'objectif est « urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet » [Carter, 2015, p. 379]. Comme le rappelle la Cour dans *Carter*, les tribunaux se doivent de montrer une certaine déférence envers le législateur et ne peuvent donc pas exiger que les lois qu'il adopte représentent la meilleure option possible [Carter, 2015, p. 379]. En même temps, en vertu du test de l'arrêt *Oakes*, ils doivent aussi s'assurer que l'atteinte possède un caractère proportionné. Ce caractère s'évalue en vérifiant s'il existe un lien rationnel entre les moyens et l'objectif, si les moyens portent une atteinte minimale aux droits violés et s'il existe une certaine proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets nuisibles issus de ces moyens [Carter, 2015, p. 379]. Le pouvoir judiciaire semble donc ici comprendre le pouvoir d'évaluer le choix des moyens pris par le législateur. Décomposer ce pouvoir en deux temps permet une réflexion intéressante par rapport à *Rodriguez*. Ainsi, dans un premier temps, la Cour est appelée à se demander, comme l'écrivaient les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, si les droits de l'appelante ont été restreints. Ce questionnement est clairement du ressort du pouvoir judiciaire, l'objectif étant de déterminer s'il y a atteinte à un droit garanti par une loi. Ce qui est effectué au second temps, par contre, est plus controversé. En effet, cela consiste à se demander si cette atteinte aurait pu être moindre advenant un programme gouvernemental différent. Ce questionnement sur ce qui aurait pu être fait par le gouvernement constitue un questionnement d'une autre nature, son caractère hypothétique tranchant avec la tâche habituelle de la Cour consistant à se demander plutôt

ce qui est et si cela est conforme aux lois. C'est d'ailleurs ce deuxième temps qui fait l'objet des critiques selon lesquelles les juges s'immiscent de plus en plus dans le travail du législateur [Bernatchez, 2005-2006, p. 234].

#### **4. L'interaction entre morale, politique et droit**

Les sphères de la morale, de la politique et du droit interagissent entre elles de diverses manières [Gilles, 2012, p. 258]. Selon la thèse principale de Dworkin dans *Justice for Hedgehogs*, la sphère juridique est une sous-catégorie de la sphère politique, elle-même sous-catégorie de la sphère morale alors que pour d'autres comme Coppens, la sphère juridique joue plutôt un rôle de médiatrice entre les deux autres sphères [Coppens, 2001, p. 35 ; Dworkin, 2011]. Il est donc pertinent d'identifier comment les juges conçoivent cette interaction puisqu'elle a un effet direct sur le type de considérations accessibles au moment de rendre un jugement. Par exemple, une cour qui conçoit la morale, la politique et le droit comme trois sphères étanches rejettera tout argument extrinsèque à cette dernière sphère. À l'inverse, une cour possédant ce que nous pourrions appeler une conception « intégrée » de ces trois sphères autoriserait la prise en compte de considérations issues des sphères de la moralité ou de la politique lorsque l'influence de ces dernières sur le droit permet une meilleure interprétation des matériaux juridiques. Dans cette section, nous tenterons d'identifier la conception du triptyque morale-politique-droit qui se dégage du discours judiciaire dans *Rodriguez* et dans *Carter*. À noter que, loin d'être mené pour des raisons arbitraires, cet exercice est motivé par l'invitation lancée par Dworkin. Comme nous l'avons vu, ce dernier estime que morale, politique et droit doivent s'influencer mutuellement, et ce, contrairement à ce qu'affirment les tenants du positivisme juridique. Puisque cet aspect marque une ligne de démarcation importante entre les deux courants de pensée, il est pertinent de se demander où se situent les juges de la Cour suprême sur ce spectre.

## 4.1 Conception judiciaire du triptyque morale, politique et droit

### 4.1.1 Dans *Rodriguez*

Dans la dissidence du juge en chef Lamer dans *Rodriguez*, ce dernier exprime son refus de procéder à une analyse autre que juridique. En considérant si l'article 241b) du *Code criminel* prive les personnes handicapées du droit de choisir le suicide en raison de leur handicap, le juge Lamer résume la tâche de la Cour comme étant de « répondre à cette question en faisant abstraction des considérations philosophiques et théologiques qui animent le débat sur la moralité du suicide ou de l'euthanasie » [Rodriguez, 1993, p. 553]. Il estime plutôt que cette question doit être tranchée dans une perspective juridique. Il ajoute aussi que la *Charte* précise que la société canadienne possède un caractère laïque, faisant de toute analyse basée sur les considérations philosophiques et théologiques une violation de ce caractère. Selon lui, la Cour a donc une obligation issue de la constitution de ne considérer la question que sur une base juridique, toute analyse théologique risquant de faire intervenir des considérations qui enfreignent le principe de laïcité de la société canadienne. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que le juge Lamer rejette l'idée selon laquelle la moralité influence le droit. Il reconnaît d'ailleurs que la common law et la *Charte* peuvent entériner certaines valeurs importantes pour la société canadienne [Rodriguez, 1993, p. 554]. Cependant, il limite le domaine d'intervention de la Cour à la sphère juridique, considérant que seules les exigences de la morale incarnées sous forme de dispositions législatives sont de son ressort. Les questions chargées d'éléments moraux peuvent donc être traitées par les juges dans la mesure où leur analyse se limite aux matériaux juridiques. Cette façon de procéder a déjà été mise en application par le juge Lamer à l'occasion du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)* qui considérait la disposition portant sur la prostitution comme un « compromis politique fondé sur des valeurs morales » [Rodriguez, 1993, p. 564]. La Cour était cependant légitimée de se prononcer dans un tel cas puisqu'elle confinait son analyse à s'assurer que la limitation d'un droit prévue à la *Charte* était, comme le prévoit le test, raisonnable et justifiée. Encore une fois, l'évaluation judiciaire ne visait pas à s'assurer de la pertinence des valeurs favorisées par le législateur ou de la qualité de la politique favorisant lesdites valeurs, mais simplement à vérifier si, d'un point de vue juridique, le législateur avait respecté ses obligations constitutionnelles.

Sous la plume du juge Sopinka, la majorité dans *Rodriguez* se révèle moins réfractaire à considérer la sphère de la moralité dans son analyse. Cependant, cette attitude différente de celle affichée par le juge Lamer peut s'expliquer, en partie du moins, par l'article de la *Charte* considéré par la majorité. Alors que le juge Lamer rend son jugement en vertu du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte*, la majorité le fait à l'aune de l'article 7 qui protège la vie, la liberté et la sécurité de la personne. En considérant cet article, la majorité écrit qu'il « comporte deux éléments d'analyse. Le premier se rapporte aux valeurs en jeu en ce qui concerne l'individu » [*Rodriguez*, 1993, p. 584]. Ainsi, c'est peut-être en raison de la nature même de l'article que les valeurs occupent une place plus importante dans le discours de la majorité que dans celui du juge Lamer. Il n'en demeure pas moins que la majorité n'affirme pas aussi explicitement que le rôle de la Cour cesse là où les considérations juridiques cèdent le pas aux considérations morales.

D'entrée de jeu, la majorité reconnaît que la Constitution « consacre nos valeurs les plus fondamentales » [*Rodriguez*, 1993, p. 585]. Ces valeurs s'incarnent par le choix des droits et libertés qui ont été inscrits dans la Constitution. Lorsqu'elle est confrontée à une question portant sur l'étendue des droits et libertés garantis par la *Charte*, la Cour doit donc se demander si une société régie par un ensemble de valeurs X pourrait conférer un droit Y à ses citoyens. C'est le raisonnement déployé par la majorité lorsqu'elle se demande si une société qui a pour valeurs centrales la « valeur intrinsèque de la vie humaine » et la « dignité inhérente de tout être humain » peut garantir à ses citoyens un droit à la sécurité comprenant le droit « de mettre fin à sa propre vie dans toutes circonstances » [*Rodriguez*, 1993, p. 585]. En posant cette question, la majorité cherche à déterminer quelle est la conception du droit à la sécurité de la personne la plus cohérente avec l'ensemble de valeurs sous-tendant la Constitution. Une fois cette conception établie et les droits concrets qui en découlent déterminés, la Cour peut évaluer s'il y a eu atteinte à ces derniers. Lorsque c'est le cas (comme ce l'est en l'espèce dans *Rodriguez*), elle peut ensuite se demander si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentaux, ces derniers constituant les principes de justice à propos desquels il existe un certain consensus « quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » [*Rodriguez*, 1993, p. 591]. C'est d'ailleurs en vertu de cet aspect que les juges de la majorité rejettent la

demande de Mme Rodriguez : selon eux, l'atteinte à son droit à la sécurité, qui existe effectivement en raison de l'interdiction prévue à l'article 241b) du *Code criminel*, doit être maintenue puisqu'elle est conforme aux principes de justice fondamentale en vigueur au Canada. En effet pour la majorité, une société qui fait de la préservation de la vie et du caractère sacré de celle-ci des valeurs fondamentales ne peut logiquement autoriser l'aide au suicide, cette action entrant en contradiction avec des valeurs trop primordiales pour être compromises.

Les juges de la majorité ne tracent donc pas une ligne aussi nette que le juge Lamer quant aux limites auxquelles doit se borner l'analyse de la Cour. Les valeurs qui donnent naissance aux droits et libertés sont régulièrement évoquées afin de fournir des informations quant à la façon dont ces droits doivent être interprétés et étendus. La Cour emploie aussi le chemin inverse puisqu'elle identifie l'étendue de certaines valeurs à la lumière de modifications survenues dans le droit : par exemple, à partir de l'élimination de l'abolition de la peine de mort au Canada, elle conclut à la primauté de la valeur de préservation de la vie [Rodriguez, 1993, p. 553].

L'opinion des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, dissidentes, ne s'arrêtent pas longuement sur l'interaction entre morale et droit. Cependant, elles soulèvent un point intéressant en ce qui concerne la valeur de la vie. Elles attirent en effet l'attention sur l'idée que la notion de valeur de la vie peut être très subjective et que différents individus peuvent attribuer de la valeur à leur vie pour des raisons fort différentes. Ainsi, bien que la majorité affirme préserver la valeur de la vie en empêchant que les individus malades puissent choisir de mettre fin à leurs jours, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé affirment plutôt que c'est la possibilité de choisir ce que la personne fait de sa propre vie, y compris de sa mort, qui confère de la valeur à la vie [Rodriguez, 1993, p. 624]. Pour ces deux juges auxquelles s'ajoute le juge Cory, la majorité impose une conception limitée de la vie alors que la *Charte canadienne des droits et libertés*, tout comme la société canadienne en général, offre plutôt la chance à chaque individu de vivre selon sa conception de la vie.

#### 4.1.2 Dans *Carter*

Le jugement *Carter* ayant été rendu à l'unanimité, il est possible de considérer les motifs du jugement comme exprimant l'opinion de l'ensemble des juges composant la Cour au moment de la décision. Cette opinion à l'égard du rôle des juges en matière de valeurs est d'ailleurs exprimée dès le deuxième paragraphe dans lequel les juges écrivent que « [t]rancher cette question nous oblige à pondérer des valeurs opposées d'une grande importance. D'une part, il y a l'autonomie et la dignité d'un adulte capable [...]. D'autre part, il y a le caractère sacré de la vie et la nécessité de protéger les personnes vulnérables » [*Carter*, 2015, p. 343]. La Cour reconnaît ainsi la forte dimension morale du dossier dont elle doit disposer.

En suivant le raisonnement déployé par la Cour, et en mettant celui-ci en parallèle avec le raisonnement de la majorité dans *Rodriguez*, on peut voir se profiler la pondération différente qui a été faite des valeurs en jeu. Ainsi, dans *Carter*, la Cour estime qu'il y a violation de l'article 7 de la *Charte* puisque l'interdiction empiète sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désirant mettre fin à leurs jours avec l'aide d'une autre personne. Comme c'est le cas dans *Rodriguez*, la Cour estime qu'il y a violation du droit à la liberté et à la sécurité de la personne puisque ces droits comprennent une certaine sphère d'autonomie à l'égard de laquelle l'État ne doit pas intervenir, ce qu'il fait en l'espèce [*Carter*, 2015, p. 368-369]. À ces violations précédemment reconnues, la Cour ajoute une atteinte au droit à la vie qui n'avait pas été reconnue dans *Rodriguez*. En effet, selon la Cour, le fait de placer les individus atteints de maladie dégénérative devant le dilemme consistant à choisir entre mettre fin prématurément à ses jours lorsque cela est encore physiquement possible ou opter pour une longue agonie passive a pour conséquence de violer le droit à la vie de ceux qui choisiraient la première option [*Carter*, 2015, p. 366]. La Cour voit ici une violation du droit à la vie puisque les individus désirant éviter la longue agonie n'ont d'autre choix que de se suicider avant que leur condition ne les empêche de le faire. Par conséquent, ils sont appelés à mettre fin à leurs jours alors qu'ils sont encore autonomes et qu'ils auraient pu vouloir continuer de jouir de la vie.

Poursuivant son analyse, la Cour s'interroge ensuite à savoir si l'atteinte identifiée précédemment est conforme aux principes de justice fondamentale. Comme ce fut le cas dans *Rodriguez*, la Cour estime que la prohibition de l'article 241b) ne contrevient pas au principe de justice fondamentale selon lequel une loi ne doit pas être arbitraire. Puisque le but de la loi est d'empêcher que des individus vulnérables mettent fin à leurs jours dans un moment de faiblesse, il n'est pas arbitraire d'interdire l'aide au suicide pour permettre l'atteinte de cet objectif [Carter, 2015, p. 375]. Là où le raisonnement suivi par la Cour dans *Carter* diffère de celui de la majorité dans *Rodriguez*, c'est quant aux autres principes de justice fondamentale qui sont considérés. En effet, au moment où l'arrêt *Rodriguez* a été rendu, la jurisprudence ne reconnaissait qu'un seul principe de justice fondamentale. Or, depuis cet arrêt, de nouveaux principes ont été entérinés par les tribunaux. Il s'agit du principe prohibant qu'une loi possède une portée excessive et celui rejetant les lois dont le caractère est totalement disproportionné [Carter, 2015, p. 372]. En analysant l'article 241b) du *Code criminel* à la lumière de ces nouveaux principes, et plus particulièrement à la lumière du principe interdisant à une loi d'avoir une portée excessive, la Cour estime que la prohibition complète de l'aide au suicide contrevient aux principes de justice fondamentale [Carter, 2015, p. 377]. Au-delà du caractère juridique de la chose, cette évaluation nous renseigne sur les valeurs en jeu et sur la façon dont la Cour les pondère. La situation oppose deux groupes de valeurs, l'un pouvant se résumer à l'autonomie et à la dignité personnelle alors que l'autre représente plutôt la nécessité de protéger les personnes vulnérables. Dans *Rodriguez*, la majorité avait estimé que la valeur de protection des personnes vulnérables l'emportait sur l'autonomie, dans un calcul qu'on pourrait résumer comme étant qu'il vaut mieux réduire l'autonomie de certaines personnes plutôt que de risquer la vie de d'autres. Le raisonnement est inverse dans *Carter* où on estime qu'il est préférable de préserver l'autonomie d'un groupe d'individus et de lui permettre de conserver sa dignité que de protéger de manière absolue toutes les personnes potentiellement vulnérables.

Analysés ainsi, les jugements portant sur la *Charte* montrent que la frontière entre morale et droit est mouvante. En effet, les racines des droits et libertés enchâssés dans la *Charte* sont tellement empreintes de la conception morale qui les sous-tend qu'il est difficile, voire



impossible, d'affirmer effectuer une analyse reposant uniquement sur le droit. Lorsque les juges procèdent à une évaluation basée sur l'article 7 de la *Charte*, ils n'ont d'autres choix que de quitter la simple sphère juridique pour puiser dans la sphère morale, ne serait-ce que pour évaluer le bien-fondé des différents droits opposés. Comment expliquer l'apparition de nouveaux principes de justice fondamentale si ce n'est en affirmant que la conception de la justice d'une société évolue et que ce sont ces principes qui permettent au droit de suivre cette évolution ? Le juge est alors, en quelque sorte, « arbitre des valeurs » pour reprendre le mot de Rivet, puisque s'il se contentait d'être l'arbitre du droit, il passerait à côté d'une partie importante du débat [Rivet, 2005]. Pour Philippe Coppens, il est donc normal que le juge appelé à se prononcer en matière constitutionnelle ancre son discours juridique dans des considérations morales puisque ces considérations sont à même de légitimer les droits [Coppens, 2001, p. 35]. Gilles abonde en ce sens lorsqu'il écrit que « c'est une évidence, pour les juristes et notamment pour les juges que les principaux problèmes juridiques trouvent fréquemment des réponses non pas à l'intérieur de la science juridique, mais à l'extérieur, dans le domaine de la philosophie, de la morale, des valeurs » [Gilles, 2012, p. 265].

## **5. Les balises du processus interprétatif**

Dans les sections 3 et 4, nous nous sommes intéressés, toujours du point de vue des juges, à la place du pouvoir judiciaire dans la structure étatique canadienne ainsi qu'à la conception qu'ont ces derniers du triptyque morale-politique-droit et de leur légitimité à prendre des décisions relativement à ces trois éléments. Nous pouvons désormais nous intéresser aux différentes composantes du processus d'interprétation auquel s'adonnent les juges lorsqu'ils sont appelés à rendre une décision. Par composantes, nous référons ici aux différentes contraintes interprétatives que les juges se sentent tenus de respecter ou, lorsqu'ils les outrepassent, se sentent néanmoins dans l'obligation de fournir les motifs qui justifient cette dérogation. À partir des motifs écrits des arrêts *Rodriguez* et *Carter*, nous présenterons donc l'attitude interprétative qu'ont les juges de la Cour suprême du Canada à l'égard du *stare decisis*, de l'intention de l'auteur d'un texte de loi, du but d'une loi et du contexte d'adoption de celle-ci.

## 5.1 Le *stare decisis*

Avant toute chose, il importe de définir brièvement ce dont il est question lorsque l'on mentionne la notion de *stare decisis*. En droit canadien, le *stare decisis* est « une doctrine selon laquelle les tribunaux d'instance inférieure doivent suivre les décisions des juridictions supérieures » [Carter, 2015, p. 361]. Ce principe trouve application lorsqu'une cause présentée devant une cour porte sur des lois et des faits très similaires à ceux composant une autre cause déjà entendue et tranchée par une cour de juridiction supérieure. Dans un tel cas, la cour d'instance inférieure est considérée comme étant liée par le précédent et est dans l'obligation, en vertu de ce principe, de rendre un verdict similaire à celui déjà rendu par la cour de juridiction supérieure. Le terme *stare decisis* utilisé par les tribunaux est une formule abrégée pour *Stare decisis et non quieta movere* qui peut être traduit par « Il faut s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas modifier ce qui existe » [Bureau de la traduction (Canada), 2015].

Selon la Cour dans *Carter*, il s'agit d'un principe fondamental de notre système puisqu'il contribue au bon fonctionnement de ce dernier en assurant une certaine stabilité au droit. Le revers de ce principe « d'évolution ordonnée » est qu'il constitue parfois une entrave empêchant le droit de s'adapter suffisamment rapidement aux changements sociaux ou technologiques. C'est en étant consciente de cette possibilité que la Cour prend la peine de préciser que le principe du *stare decisis* ne doit toutefois pas constituer « un carcan qui condamne le droit à l'inertie » [Carter, 2015, p. 361]. Pour cette raison, et depuis l'arrêt *Bedford* de la Cour suprême rendu en 2013, il existe deux situations pour lesquelles les cours de juridiction inférieures peuvent réexaminer une décision rendue par un tribunal de juridiction supérieure. Il s'agit des cas où une nouvelle question juridique se présente et ceux pour lesquels il y a une modification importante d'un élément de preuve ou de contexte qui a pour effet de changer « radicalement la donne » [Carter, 2015, p. 361]. Comme ces deux conditions étaient réunies dans le cas de *Carter*, la Cour estime que la juge de première instance a bien fait de ne pas se sentir liée par le précédent que constituait l'arrêt *Rodriguez* et qu'elle pouvait valablement reconsidérer la situation comme elle l'a fait.

Cela étant exposé, il reste la question, plus épineuse, concernant la façon dont la Cour suprême du Canada doit traiter ses propres décisions antérieures. D'entrée de jeu, précisons que le principe du *stare decisis* n'est pas appliqué aux tribunaux appartenant à une même cour [Bureau de la traduction (Canada), 2015]. La Cour suprême n'a donc aucune obligation de suivre ses propres précédents. Cela ne signifie pas pour autant que ces derniers sont sans importance. En effet, la Cour réfère constamment à ceux-ci pour appuyer et motiver les décisions qu'elle rend. Il suffit de penser à l'arrêt *Morgentaler* qui est maintes fois utilisé dans *Rodriguez* et à l'arrêt *Bedford*, constamment cité tout au long de *Carter*. Ces décisions ont donc un poids important et servent régulièrement d'arguments d'autorité. La possibilité de rejeter ses propres précédents existe donc pour la Cour suprême, mais elle n'en demeure pas moins un exercice délicat en raison des valeurs promues par le principe de *stare decisis*. Ainsi, la Cour ne peut infirmer constamment ses décisions au risque de créer une certaine forme d'incertitude juridique néfaste pour le développement harmonieux du droit et risquant de miner le respect qu'en ont ceux qui y sont assujettis. Par conséquent, on peut valablement s'interroger : dans quelles conditions le fait d'infirmer une décision antérieure rendue par la Cour suprême est-il considéré comme nécessaire ?

La réponse que nous élaborerons ne prétend pas être exhaustive. Elle repose plutôt sur les motifs qu'ont fournis les juges dans l'arrêt *Carter* et est quelque peu corroborée par la lecture conjointe des arrêts *Bliss c. Canada (Procureur général)* et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.* Dans *Carter*, deux principales raisons sont fournies afin de justifier l'acceptabilité du renversement de *Rodriguez*. La première concerne l'évolution du droit et, plus précisément, l'évolution de la notion de justice fondamentale de la société. Dans *Rodriguez*, la majorité avait estimé que la prohibition prévue à l'article 241b) du *Code criminel* n'était pas arbitraire et que, par conséquent, elle n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale [Rodriguez, 1993, p. 595]. Dans *Carter* cependant, cette analyse de conformité aux principes de justice fondamentale a été menée à l'aune du principe prohibant l'arbitraire, mais aussi à la lumière des principes de portée excessive et de

caractère grossièrement disproportionné [Carter, 2015, p. 375-378]. L'intégration de ces principes au sein de la notion de justice fondamentale au fil des 22 années qui séparent les deux décisions montre une évolution de l'attitude de la société à l'égard des droits fondamentaux et des interventions étatiques. Alors qu'en 1993, une intervention trop large, mais au fort effet préventif, était acceptée au motif qu'elle permettrait de sauver des vies, la situation a changé en 2015. En raison de l'importance croissante de la valeur d'autonomie, une telle mesure est en effet désormais considérée comme ayant une portée excessive et jugée non conforme aux principes de justice fondamentale. Puisque cette notion de justice fondamentale s'est transformée de manière si importante, la Cour estime qu'il est pertinent et nécessaire de modifier la réponse judiciaire apportée à cette question afin de refléter plus adéquatement la nouvelle conception sociétale de la justice.

La deuxième raison visant à justifier le renversement de *Rodriguez* concerne plutôt les faits sociaux entourant l'affaire. Dans *Carter*, la Cour identifie trois éléments de preuve qui ont joué un rôle de premier plan dans l'opinion de la majorité telle que rendue dans *Rodriguez*. Il s'agit de la preuve portant sur « l'acceptation générale d'une distinction morale ou éthique entre l'euthanasie passive et l'euthanasie active », celle montrant « l'absence de demi-mesure susceptible de protéger les personnes vulnérables » et celle concernant « le consensus important, dans les pays occidentaux, sur l'opinion selon laquelle une prohibition générale est nécessaire pour empêcher un dérapage » [Carter, 2015, p. 362]. Selon elle, des preuves nouvelles soumises à la juge de première instance permettent de remettre en cause chacune de ces conclusions, ce qui a pour effet d'affaiblir, voire de faire tomber, les fondations sur lesquelles reposent les conclusions de l'arrêt. Ce qui est intéressant, c'est de constater que deux de ces trois preuves concernent l'avis de la population et que la Cour estime que ce dernier a changé de manière importante, suffisamment du moins pour justifier que la question soit reconsidérée.

Il existe une constante entre les deux raisons fournies par la Cour pour justifier de s'écarter du verdict de l'arrêt *Rodriguez* : l'évolution des mentalités au sein de la société. Que cette évolution soit perceptible par l'entremise d'un changement des exigences de la justice

fondamentale ou par la transformation des consensus au sein de la population, cette modification des mentalités semble être ce qui préoccupe la Cour. En effet, dans *Carter*, elle semble vouloir permettre au droit d'être le plus conforme possible à la conception des droits fondamentaux qu'a, de manière générale, la population et cela passe par une décision très différente de celle rendue 22 ans plus tôt. Ce genre de volte-face a déjà eu lieu dans d'autres cas, notamment celui des affaires *Bliss* et *Brooks* rendus à dix d'intervalle. Dans *Bliss*, la Cour avait conclu que la discrimination basée sur la grossesse ne constituait pas une discrimination basée sur le sexe. Or, dans *Brooks*, cette conclusion a été rejetée et l'arrêt *Bliss* a été écarté. Les motifs donnés par la Cour à l'occasion de ce jugement comprenaient notamment ce passage :

« L'arrêt *Bliss* a été rendu il y a plus de 10 ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt *Bliss* est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt » [*Brooks*, 1989, p. 1243].

Encore une fois, c'est au nom de l'évolution des conceptions des droits fondamentaux que la Cour se permet de renverser l'une de ses propres décisions. En fonction des droits en jeu, il est possible que ce changement de mentalité s'opère sur une période plus ou moins longue, mais, dans tous les cas, il semble y avoir une volonté de la part de la Cour suprême de rejeter les décisions qui semblent devenues dépassées dans le nouveau contexte. Cela étant dit, nous reviendrons plus en détail sur le rôle du juge face aux transformations sociétales dans la sous-section 6 de ce chapitre et dans le cadre du chapitre 3.

## **5.2 L'intention de l'auteur et le but de la loi**

La question de la place à accorder à l'intention de l'auteur doit au minimum être considérée dans toutes les activités de nature interprétative. En effet, il est primordial de déterminer si l'on considère la reconstruction de cette intention comme étant l'objectif même de l'exercice interprétatif ou si cette intention ne fait que fournir une certaine forme de contrainte ayant pour effet d'éliminer certains sens du champ des interprétations possibles. Dans cette section, nous tenterons donc de déterminer comment les juges s'étant prononcés

dans *Rodriguez* et *Carter* ont fait usage de la notion d'intention de l'auteur. À noter que puisque les principaux éléments interprétés dans ces arrêts sont des textes législatifs, l'expression « intention du législateur » sera employée de manière interchangeable avec celle d'intention de l'auteur.

Avant de se lancer dans cet exercice, il convient cependant de faire une mise en garde. Dans le titre de la présente section, nous avons cru bon de jumeler intention de l'auteur et but de la loi. Cela s'explique par la proximité des notions, mais surtout par l'absence de différenciation qui en est faite dans le discours des juges. En effet, tant dans *Rodriguez* que dans *Carter*, il y a un usage interchangeable de ces deux notions. Plus précisément, pour les juges, il semble que l'intention du législateur et l'objectif législatif soient une seule et même chose, soit le but que ce dernier s'est fixé. Toutefois, cette utilisation indifférenciée des deux termes par les juges ne signifie pas pour autant que les deux sont synonymes. Pour Pierre-André Côté, la notion d'intention du législateur est certes ambiguë, mais elle peut vouloir désigner deux choses distinctes, soit « le sens que l'auteur du texte a voulu donner à celui-ci » ou « l'objectif pratique recherché par l'auteur en édictant le texte » [Côté, 2009, p. 7]. Cela étant dit, cette situation n'entrave en rien le but de cette section qui est de déterminer de quelle façon l'intention de l'auteur est reconstruite et comment elle contraint le processus interprétatif des juges.

Dans les motifs du juge Lamer, la notion d'intention du législateur fait son apparition à l'occasion de l'étude de l'article 241b) du *Code criminel*. À cette occasion, le juge Lamer différencie l'intention du législateur des effets de l'article 241b) [*Rodriguez*, 1993, p. 550]. En effet, selon lui, une disposition législative peut posséder des effets néfastes qui n'étaient pas désirés par le législateur. Cette distorsion entre effets souhaités, fruits de l'intention législative, et effets réels rend nécessaire la prise en considération de ces derniers puisqu'ultimement, les juges doivent déclarer inconstitutionnelles toutes les dispositions qui violent de manière injustifiée les droits prévus par la *Charte*. Dans pareils cas, l'intention législative ne doit donc pas servir à masquer les effets réels d'une disposition.

Le juge Lamer s'intéresse ensuite à l'objectif législatif derrière l'article 241b), et ce, en vertu du test de constitutionnalité de l'article premier connu sous le nom de test de l'arrêt *Oakes* [Rodriguez, 1993, p. 558]. Cet article prévoit en effet que

« La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Ainsi, lorsqu'une violation à un droit ou à une liberté garantie est avérée, la cour doit ensuite vérifier si cette violation est justifiée et cette vérification s'effectue à l'aide du test de l'arrêt *Oakes* dont la première étape consiste à s'assurer de la validité de l'objectif législatif.

Au cours de cette recherche de l'objectif législatif, le raisonnement du juge Lamer s'opère en deux temps. D'une part, il accepte l'objectif tel que défini par le juge de première instance, c'est-à-dire qu'il établit que l'article 241b) « vise à protéger les personnes qui sont susceptibles de se laisser influencer par d'autres au moment de décider si elles vont mettre fin à leurs vies [*sic*], à quel moment et de quelle manière » [Rodriguez, 1993, p. 558]. D'autre part, il tempère cet objectif en invoquant l'abrogation de l'infraction de suicide s'étant produite en 1972. Selon lui, cela signifie que l'objectif législatif de protection des personnes vulnérables ne doit pas être compris trop largement puisque le Parlement a lui-même indiqué ne pas vouloir protéger les personnes vulnérables lorsque cela empiète trop gravement sur le droit à l'autodétermination [Rodriguez, 1993, p. 559]. En prenant en considération le contexte juridique canadien, le juge Lamer effectue donc un exercice interprétatif dont le but est d'en arriver à la formulation d'un objectif législatif qui soit à la fois compatible avec l'intention explicite du législateur, mais aussi avec la pratique juridique. Ainsi, ce n'est qu'après avoir souligné l'existence d'un droit à l'autonomie en matière de décision médicale qui n'est cependant pas absolu que le juge Lamer reformule l'objectif législatif comme étant « la protection des personnes vulnérables, qu'elles soient consentantes ou non, contre l'intervention d'autrui dans des décisions portant sur la planification et l'exécution de leur suicide » [Rodriguez, 1993, p. 561].

La majorité dans *Rodriguez* ne fait pas grand usage de l'objectif législatif et de l'intention de l'auteur. Comme elle ne voit pas de violation à aucun droit prévu à la *Charte*, elle n'effectue pas le test de l'arrêt *Oakes* de manière poussée, se contentant de reprendre les propos du juge Lamer en ce qui concerne la validité de l'objectif législatif [*Rodriguez*, 1993, p. 613]. L'autre mention de l'objectif législatif est faite par la majorité lorsqu'elle détermine que l'article 241b) vise à protéger les personnes vulnérables qui risquent de mettre fin à leur vie dans un moment de faiblesse [*Rodriguez*, 1993, p. 595]. La majorité précise alors que cet objectif sert l'intérêt de l'État à protéger les gens vulnérables et que cela reflète une politique étatique selon laquelle la vie ne doit pas être dévalorisée en permettant qu'elle soit enlevée [*Rodriguez*, 1993, p. 595]. Ce qui est intéressant, c'est que la majorité effectue aussi une contextualisation de cet objectif à l'aune des autres dispositions juridiques relatives au fait de donner la mort. Ses conclusions diffèrent cependant de celles du juge Lamer puisque la majorité met l'accent sur l'interdiction de la peine de mort comme signe que l'État refuse d'enlever la vie, et ce, au motif qu'il s'agit d'un acte dévalorisant cette dernière.

La juge McLachlin s'intéresse aussi à reconstruire l'objectif législatif à la lumière des autres dispositions législatives en vigueur. Selon elle, l'objectif de l'article 241b) ne peut ni être celui de prévenir le suicide puisque ce dernier n'est plus criminalisé au Canada depuis 1972, ni celui de prévenir un geste pouvant causer la mort puisqu'il existe de nombreux cas en droit canadien où un tel geste n'est pas susceptible de condamnation [*Rodriguez*, 1993, p. 625]. À son avis, l'objectif repose plutôt sur des craintes d'ordre pratique qui sont de voir des personnes vulnérables mettre fin à leurs jours dans un moment de faiblesse. Et malgré ce que certains peuvent en penser, la juge McLachlin croit que cet objectif reposant sur des craintes ne suffit pas à justifier une violation d'un droit garanti par la *Charte*.

L'arrêt *Carter* fournit aussi des informations intéressantes sur la notion d'objectif de la loi puisqu'à cette occasion, les parties ne s'entendent pas toutes sur l'objectif qu'il convient d'attribuer à la mesure législative contestée. Ainsi, pour la juge de première instance,



l'objet de la prohibition de l'aide au suicide est « d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse » [Carter, 2015, p. 372]. Cette formulation est d'ailleurs acceptée par tous, sauf le procureur général du Canada. Pour ce dernier, l'objectif de l'article 241b) devrait être formulé plus largement pour se résumer à « la préservation de la vie » [Carter, 2015, p. 372]. La réponse qu'offre la Cour au procureur général du Canada nous renseigne beaucoup dans ce cas-ci. En effet, pour la Cour, cette formulation est à rejeter pour trois raisons, soit au motif qu'elle n'est pas la formulation retenue par les juges de la majorité dans *Rodriguez*, que cette formulation est trop large et empêchera toute contestation ultérieure et qu'une telle formulation dépasse l'effet de l'article 241b), ce dernier ne visant pas, par exemple, à interdire le suicide [Carter, 2015, p. 372-373]. Cette insistance sur la formulation adéquate de l'objectif législatif montre que la Cour juge cet élément essentiel dans le processus d'adjudication des questions constitutionnelles. En effet, puisque l'objectif d'une loi ou d'une disposition est contrôlé à l'occasion des différents tests de constitutionnalité, il est important que cet objectif ne soit pas formulé trop largement. Pour parvenir à une formulation satisfaisante, la Cour peut donc référer aux prétentions des parties telles qu'exposées dans leur argumentaire, mais aussi aux autres dispositions législatives en vigueur de manière à ce que l'objectif de la disposition étudiée soit cohérent avec ces dernières. Dans le cas qui nous intéresse, c'est ce que la Cour a fait lorsqu'elle a rejeté l'objectif de préservation de la vie au motif qu'il n'était pas compatible avec d'autres éléments du système juridique comme l'abolition de l'infraction de suicide. L'objet d'une disposition est donc constamment impliqué dans le processus judiciaire portant sur des questions de *Charte* puisque, d'une part, il est l'objet d'une reconstruction visant à parvenir à une formulation compatible avec le reste de l'édifice juridique et, d'autre part, sa validité est contrôlée à l'occasion de divers tests tels que ceux prévus pour les articles 1 et 7 de la *Charte*.

C'est d'ailleurs en ayant recours à l'objet de la mesure que la Cour est en mesure d'affirmer que l'article 241b) a une portée excessive et qu'il est donc en contravention avec un principe de justice fondamentale [Carter, 2015, p. 376]. En effet, elle reconnaît que son objectif, jugé valide en soi, est de protéger les personnes vulnérables d'un moment de faiblesse pendant lequel elles pourraient se suicider. Cependant, elle estime que

l'interdiction totale prévue à l'article 241b) a aussi pour effet d'empêcher des gens qui ne tombent pas dans la catégorie des personnes vulnérables d'obtenir de l'aide pour mettre fin à leurs jours, violant ainsi leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [Carter, 2015, p. 376]. Bien que servant un objectif valide, la disposition possède une portée excessive en ce qu'elle brime les droits fondamentaux d'individus n'ayant pas de lien avec l'objet de la loi et viole donc l'article 7 de la *Charte*. C'est d'ailleurs pour des motifs analogues que la disposition n'est pas sauvegardée par l'article premier : au moment de vérifier si la restriction au droit constitue une atteinte minimale, il est impossible pour la Cour de répondre par l'affirmative puisqu'il existe d'autres solutions que la prohibition totale pour assurer l'objectif de protection des personnes vulnérables [Carter, 2015, p. 387].

## **6. Les sources d'informations et leur validité**

La dernière section de ce chapitre sera consacrée aux différentes sources extra juridiques mobilisées par les juges et à la façon dont ces derniers estiment pouvoir y référer. À travers les motifs écrits des juges, nous avons cerné deux sources d'informations sur lesquelles nous porterons notre attention. Il s'agit des informations relatives au contexte sociohistorique et au consensus de la population (6.1) ainsi que les informations tirées des comparaisons avec d'autres juridictions (6.2). Pour chacun de ces éléments, nous définirons brièvement ce dont il est question avant de montrer quel type d'utilisation les juges de la Cour suprême en font ou, à l'inverse, refusent parfois d'en faire.

### **6.1 La prise en considération du contexte sociohistorique**

Les juges de la Cour suprême rendent des jugements qui sont socialement et temporellement situés. Ainsi, il est normal que certains changements sociaux se traduisent par des changements dans les décisions rendues par la Cour. Cependant, la façon dont les changements sociaux se fraient un chemin dans la jurisprudence n'est pas évidente [Leader, 1986, p. 26]. On peut en effet se demander si cette prise en compte de la nouvelle donne sociale et de l'avis de la population par les tribunaux se fait par l'entremise de la loi, à la

suite d'un processus impliquant des changements sociaux se répercutant sur le choix des élus qui adoptent de nouvelles lois ou si les juges ne peuvent pas, à certaines occasions, intégrer eux-mêmes ces changements à leur discours au motif que la constitution est comme un « arbre vivant » qui se déploie au fil du temps [*Hunter et al. v. Southam Inc.*, 1984, p. 156 ; Kavanagh, 2003, p. 55]. Si tel est le cas, il est légitime de se demander comment ils procèdent.

Absentes du discours du juge Lamer, les considérations relatives au contexte sociohistorique sont très présentes dans les motifs des juges de la majorité. Ainsi, à plusieurs reprises, la majorité fait référence à ce qu'elle qualifie de « croyance généralement véhiculée et profondément enracinée dans notre société que la vie humaine est sacrée ou inviolable » [Rodriguez, 1993, p. 585] ainsi qu'à l'absence de consensus nouveau permettant de renverser ce qui a été fait historiquement [Rodriguez, 1993, p. 585]. Ces deux affirmations, qui se déclinent sous diverses formulations au fil du jugement, mais dont l'essence demeure, servent d'ailleurs de pierres d'assise au jugement de la majorité. En effet, la majorité est d'avis qu'il existe bel et bien un débat quant à la question de l'aide au suicide et à celle de l'existence réelle ou non d'une distinction entre l'arrêt d'un traitement médical vital et l'administration d'un traitement causant la mort [Rodriguez, 1993, p. 606-607]. Elle reconnaît aussi l'existence d'exceptions, fondées sur l'autonomie personnelle et la dignité, au principe du caractère sacré de la vie [Rodriguez, 1993, p. 605]. Toutefois, ce qui emporte son adhésion au final, c'est le consensus qui règne à l'égard du principe du caractère sacré de la vie, comme en témoigne l'adhésion massive à l'abolition de la peine de mort, et l'absence d'un tel consensus quant à la nécessité que prime l'autonomie individuelle [Rodriguez, 1993, p. 608]. Sans affirmer que la différence qu'il soulève est reprise de manière constante par les juges, Gilles et Labayle avancent que le recours à l'historique est généralement utilisé lorsqu'il est question d'identifier des principes alors que la perspective historique tend à céder le pas à l'étude des consensus lorsqu'il est question d'identifier des valeurs [Gilles et Labayle, 2012, p. 353]. Une mesure qui ne fait pas consensus n'est donc pas automatiquement considérée comme contrevenant aux principes de justice fondamentale, principes de justice fondamentale et consensus n'étant pas toujours reliés dans le discours de la Cour.

Les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé ont un tout autre point de vue. Elles citent ainsi les juges de la majorité de la Cour d'appel qui ont affirmé que les questions impliquant des opinions fortement divergentes et des considérations morales devaient être laissées au législateur [*Rodriguez* (C.A.), 1993, p. 177] et qu'il fallait laisser au Parlement la tâche de prendre le pouls de la population puisqu'il était impossible de dégager un consensus à la lumière de la preuve [*Rodriguez* (C.A.), 1993, p. 186]. Pour elles, il est normal de reculer devant la tâche consistant à prendre le pouls de la population puisqu'il ne s'agit pas de la tâche des juges [*Rodriguez*, 1993, p. 628]. Toutefois, elles estiment que cela ne les empêche pas de rendre un jugement puisque la question sur laquelle la Cour doit se prononcer est beaucoup plus étroite. Il s'agit de déterminer si, dans son empiètement sur les droits fondamentaux des citoyens, l'article 241b) le fait conformément aux principes de justice fondamentale [*Rodriguez*, 1993, p. 628]. Le contexte sociohistorique ne doit donc pas prendre beaucoup de place dans les décisions des juges, ces derniers pouvant restreindre leur analyse au niveau juridique, ce qui ne commande pas de chercher ou non l'existence d'un consensus.

Ainsi, on peut affirmer que la question du contexte sociohistorique et du consensus de la population occupe une place importante dans l'issue de l'affaire *Rodriguez*. Bien que ces considérations ne soient pas directement abordées par les juges Lamer et Cory et qu'elles soient rejetées par les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, il n'en demeure pas moins qu'elles jouent un rôle important dans l'avis de la majorité. Pour cette dernière, l'absence de preuves quant à l'existence d'un nouveau consensus sur la question de l'aide au suicide fait en sorte que sa prohibition, qui est en phase avec le principe primordial du caractère sacré de la vie, ne contrevient pas aux exigences de la justice fondamentale.

Penchons-nous maintenant sur l'utilisation des informations relatives au contexte sociohistorique dans *Carter*. À l'occasion de ce jugement, la Cour reconnaît d'entrée de jeu que tant les experts, qu'ils soient éthiciens, médecins ou professeurs, que les personnes handicapées sont divisées [*Carter*, 2015, p. 346]. Ce constat provient de l'importante preuve présentée en première instance et rapportée par la juge Smith. C'est d'ailleurs à la

lumière de cette preuve que la Cour juge que « l'ensemble des faits législatifs et sociaux dans l'affaire qui nous occupe diff[ère] également des éléments de preuve soumis dans l'affaire Rodriguez » [Carter, 2015, p. 362]. Ce qui est intéressant ici, c'est la façon dont ces changements dans les faits législatifs et sociaux réussissent à teinter l'issue du litige. En effet, malgré ces changements, les articles pertinents de la *Charte* (articles 1 et 7) et celui du *Code criminel* (article 241b)) n'ont pas changé. C'est plutôt la pondération que la Cour a faite de ces derniers qui s'est transformée et cette transformation se constate à la lecture de la section consacrée aux principes de justice fondamentale. Alors qu'au moment où *Rodriguez* a été entendu, on considérait seulement le caractère arbitraire d'une loi comme une contravention aux principes de justice fondamentale, les considérations relatives à la portée excessive et au caractère totalement disproportionné de la loi se sont ajoutées. C'est d'ailleurs par ces nouveaux principes de justice fondamentale que la lente transformation de l'opinion publique s'est frayé un chemin au sein du droit. Ce qu'on pourrait appeler la montée en puissance de l'autonomie individuelle, voire de l'individualisme, est désormais prise en compte par la justice fondamentale puisqu'on refuse dorénavant qu'une mesure étatique restrictive plus large que nécessaire soit maintenue, et ce, même si elle offre plus de protection.

Dans *Carter*, la Cour reconnaît donc, comme ce fut le cas dans *Rodriguez*, que la question de l'aide médicale à mourir ne fait pas consensus. Cependant, la façon dont cette absence de consensus affecte l'issue du litige varie de beaucoup. Alors que dans *Rodriguez*, cette absence de consensus a contribué au maintien en vigueur de l'article 241b), elle a eu, en partie du moins, un effet inverse dans *Carter*. Dans *Rodriguez*, l'absence de consensus était interprétée comme signifiant qu'il n'était pas souhaitable de risquer la vie d'individus vulnérables au nom de l'autonomie individuelle de d'autres. Dans *Carter*, l'absence de consensus a été interprétée comme indiquant que les droits de certains individus étaient violés et que, bien que potentiellement minoritaires, ces individus avaient le droit à la protection garanti par la *Charte*. Le caractère sacré de la vie, l'intérêt de l'État et la nécessité de protéger les individus vulnérables ont donc été interprétés différemment d'un jugement à l'autre, cette interprétation étant chaque fois teintée par le contexte sociétal et historique dans lequel elle se situait [Carter, 2015, p. 382].

Le fait que des juges puissent se référer à l'existence de consensus dans l'évaluation de l'article 7 a été critiqué par certains auteurs, dont l'un des grands constitutionnalistes canadiens, Peter Hogg. Selon ce dernier, introduire de telles considérations dans un test qui se veut exclusivement juridique contrevient à l'esprit à l'œuvre derrière le texte de l'article 7 de la *Charte* [Hogg, 2012, p. 200-201]. Qui plus est, l'utilisation d'une telle donnée, faite de manière aussi large, mène inévitablement les juges à se contredire sur cette question, l'un voyant un consensus social là où un autre estime qu'il n'y en a pas [Hogg, 2012, p. 201]. Il s'agit donc d'une source d'informations employée par la Cour, mais qui ne fait pas l'unanimité au sein de la communauté juridique.

## **6.2 L'utilisation des comparaisons avec d'autres juridictions**

Après avoir abordé la façon dont les juges utilisent l'opinion publique et l'existence de consensus dans leurs motifs, il reste à commenter la façon dont ils ont recours aux comparaisons avec d'autres juridictions. Cette question est particulièrement pertinente dans le contexte des affaires *Rodriguez* et *Carter* puisque la légalité de l'aide médicale à mourir constitue un questionnement relativement répandu dans les démocraties occidentales. Comme nous le verrons, les juges ont ainsi tendance à comparer les régimes législatifs, ce qui est plutôt standard en matière de droit comparé, mais ils vont parfois plus loin en commentant le contexte social dans lequel ces régimes législatifs s'inscrivent ou encore, le degré de consensus recueilli par ces régimes.

Alors que la juge Lamer n'a pas recours aux comparaisons dans ses motifs, il en va autrement pour les juges de la majorité. Ceux-ci vont même jusqu'à se baser sur l'exemple de réformes proposées aux Pays-Bas et dans les états de Washington et de Californie pour critiquer le programme temporaire élaboré par les juges Lamer, McLachlin et L'Heureux-Dubé. Ils se servent en effet de ces réformes pour comparer le programme temporaire et jugent que ce dernier ne présente pas les garanties qu'offrent ceux des autres juridictions, d'autant plus que les réformes américaines, plus sécuritaires selon la majorité ont été rejetées par les électeurs [Rodriguez, 1993, p. 582]. En mobilisant ainsi les programmes élaborés ailleurs, la majorité montre qu'elle estime pertinent de procéder à un exercice de

comparaison, et ce, même si les contextes sociaux propres à chaque juridiction ne sont pas forcément les mêmes. La majorité va plus loin lorsque, dans son analyse de l'article 7 de la *Charte*, elle consacre une section complète à l'étude de la législation à l'étranger [Rodriguez, 1993, p. 601-605]. Elle prend soin d'indiquer qu'«il semble qu'une interdiction générale de l'aide au suicide semblable à celle de l'art. 241 constitue la norme au sein des démocraties occidentales et que ce genre d'interdiction n'a jamais été jugée contraire aux droits fondamentaux de la personne» [Rodriguez, 1993, p. 605]. Pour parvenir à cette conclusion, la majorité expose les différentes interdictions existantes de même que les principales critiques des programmes qui ont assoupli l'interdiction. Ce qui semble être un consensus au sein des démocraties occidentales constitue ainsi un argument particulièrement fort pour maintenir en vigueur l'interdiction prévue à l'article 241b) et c'est sur ce consensus que la majorité fait reposer une grande partie de son argumentaire.

Les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé ne partagent pas cet avis. Dès le début de leurs motifs, elles écrivent clairement que le consensus en faveur de la prohibition de l'aide au suicide qui existe à l'étranger ne peut servir d'argument en faveur du maintien de la prohibition canadienne [Rodriguez, 1993, p. 617]. Selon elles, en présence d'une loi violant un droit garanti par la *Charte*, la Cour n'a d'autres choix que de déclarer cette loi nulle, peu importe l'opinion à l'égard de la loi en question. En fait, comme ce fût le cas dans la section portant sur le rôle du pouvoir judiciaire, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé semblent posséder une conception différente de la place des tribunaux. Alors que la majorité a tendance à faire de ce rôle un rôle de représentation de la majorité et de défense des choix adoptés par le législateur, le tout par souci démocratique, il en va autrement pour les deux juges. Ces dernières conçoivent plutôt les tribunaux comme ne devant pas tenir compte des bénéfices sociaux des lois ou de l'avis de la majorité. Les tribunaux doivent plutôt se présenter en tant que défenseurs des droits et libertés garantis par la *Charte*, ce qui exige de déclarer inconstitutionnelle toute loi qui contrevient à la *Charte*, nonobstant ses potentiels effets bénéfiques [Rodriguez, 1993, p. 628-629]. Ce rôle correspond à ce que les auteurs Jean-Yves Bernard et Caroline Beauchamp nomment «la théorie du juge gardien de la Constitution» [Bernard et Beauchamp, 2004, p. 611-612]. L'une des conséquences de l'adoption de cette position, qui émerge à partir des années 1950 aux

États-Unis, est d'amener le juge gardien à s'opposer à la volonté populaire lorsque cette dernière est en conflit avec les droits protégés [Bernard et Beauchamp, 2004, p. 611-612]. L'utilisation que font les juges de l'avis de la population et des comparaisons avec les juridictions étrangères nous renseignent ainsi sur la conception que se font les juges du rôle des tribunaux, cette dernière pouvant grandement varier d'un juge ou d'un groupe de juges à l'autre comme le montre l'écart important entre les juges de la majorité et les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé.

L'attitude de la Cour à l'égard de l'utilisation des comparaisons dans *Carter* est moins évidente à cerner. En effet, puisque la Cour renverse l'une de ses décisions antérieures, elle semble porter une attention particulière à réfuter les motifs des juges ayant rendu l'opinion majoritaire. Par conséquent, elle consacre une partie de ses motifs à montrer comment les éléments ayant formé l'assise du jugement majoritaire dans *Rodriguez* ne sont plus ce qu'ils étaient. Une fois la démonstration faite que les éléments de preuve appuyant les motifs de la majorité ont changé, il semble tout à fait logique que le verdict en fasse autant. Pour ces raisons, les juges de la Cour abordent la question du consensus qui régnait à l'époque dans les démocraties occidentales en spécifiant que ce dernier n'existe plus de manière aussi flagrante, un assouplissement de la prohibition de l'aide médicale à mourir existant dans au moins huit endroits dans le monde [*Carter*, 2015, p. 345]. Le recours à la comparaison permet ainsi à la Cour de miner les conclusions des juges majoritaires dans *Rodriguez*, ce qui autorise de reconsidérer la constitutionnalité de l'article 7 de la *Charte*. Cependant, une fois que les comparaisons permettent d'affirmer qu'il y a eu un changement dans les faits législatifs et sociaux, et que cela constitue un cas d'ouverture à une reconsidération d'un jugement antérieur, les juges ne s'y réfèrent que très peu par la suite. Ces derniers se basent plutôt sur la nouvelle compréhension qu'ont les tribunaux des principes de justice fondamentale pour montrer que cette interdiction n'est pas compatible avec ceux-ci. L'attitude des juges à l'égard du droit comparé dans *Carter* ne nous permet donc pas d'affirmer si ce dernier est une source suffisante pour justifier le maintien d'un programme législatif qui empiète sur les droits et libertés garantis par la *Charte*.



## Conclusion du chapitre

Cette analyse approfondie des motifs des juges dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter* ne prétend pas avoir mis en lumière la théorie de l'adjudication qu'il convient d'attribuer aux juges de la Cour suprême du Canada, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, on peut relever le caractère partiel de l'analyse, qui ne repose que sur deux jugements liés uniquement par le sujet traité. Ensuite, les divergences d'opinions entre les juges rendent difficile d'affirmer qu'il existe une théorie officielle de l'adjudication en vigueur à la Cour suprême. Finalement, tous les problèmes relatifs au passage entre la théorie et la pratique rendent impossible d'affirmer que les juges possèdent effectivement un modèle théorique conscient, cohérent et structuré en vertu duquel ils rendent chacun de leurs jugements [Bernatchez, 2006, p. 223]. Cette dernière affirmation ne vise pas à attaquer la qualité du travail judiciaire, loin de là, mais plutôt à rappeler l'écart qui existe inévitablement entre, d'une part, une théorie formulée de manière abstraite, comme le fait Dworkin, et, d'autre part, les différents éléments mis en lumière à travers un ou plusieurs jugements rendus dans des contextes variés et par des juges différents.

Le présent chapitre aura toutefois servi deux objectifs. Le premier, c'est de montrer comment le discours de la Cour peut se transformer au fil du temps, et ce, même si l'objet en litige et les dispositions législatives impliquées ne varient pratiquement pas. Le second, c'est de mettre en lumière les différentes composantes d'un jugement afin de faire ressortir les différentes balises, parfois explicites et parfois implicites, qui encadrent le processus d'adjudication. C'est, d'une certaine manière, l'occasion d'analyser ce qui se passe dans les coulisses d'un jugement. Cela permettra aussi de faciliter l'exercice comparatif qui prendra place à l'occasion du chapitre trois puisqu'il y sera question de mettre en relation la théorie de Dworkin avec les différentes considérations exposées ci-haut.

## Chapitre 3 – Comparaison entre les cadres conceptuels et analyse

### Introduction du chapitre

Les chapitres précédents ont permis de présenter deux cadres conceptuels qui, bien qu'élaborés dans des conditions fort différentes, visent tous deux à baliser le processus décisionnel des juges. Le premier, nommé théorie des droits, est un cadre théorique s'inscrivant au sein d'une théorie plus vaste encore, le droit-intégrité, et se voulait une proposition de rechange au paradigme du positivisme juridique critiqué par Ronald Dworkin. Le second, tiré d'une analyse de jugements rendus par les juges de la Cour suprême du Canada, ne constitue pas une théorie à proprement parler. En effet, il est difficile de soutenir que tous les juges de la Cour suprême, lorsqu'ils rendent un jugement, articulent de manière consciente et cohérente différents principes, règles et lois, et ce, d'une manière identique (ou du moins similaire) pour chaque décision. Il n'existe pas une telle unité entre les différentes considérations théoriques des juges ni même, dans certain cas, entre les différentes décisions rendues par un même juge. Cela n'empêche toutefois pas qu'il soit possible, à la lecture d'un jugement, de mettre en lumière les différentes contraintes que les juges sentent peser sur leur processus décisionnel. En s'intéressant à ces balises, on peut obtenir certaines informations qui nous renseignent sur la conception du processus d'adjudication.

L'objectif du présent chapitre, et par le fait même, du présent mémoire, est donc d'évaluer la compatibilité entre, d'une part, le cadre théorique proposé par Dworkin et, d'autre part, les balises et contraintes que les juges de la Cour suprême estiment devoir respecter telles qu'elles sont exposées dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Plus précisément, il s'agit de déterminer si les éléments qui fondent et qui caractérisent la théorie de Dworkin correspondent aux contraintes identifiées et respectées par les juges de la Cour suprême dans ces deux arrêts ou s'il existe des incompatibilités irréconciliables entre les deux. En répondant à cette première question, il sera alors possible de répondre à la question à l'origine du présent mémoire, soit celle consistant à déterminer si la théorie de l'adjudication de Dworkin permet de rendre compte de la volte-face judiciaire qui s'est opérée entre les verdicts des affaires *Rodriguez* et *Carter*, et ce, malgré l'absence de

modification législative à cet effet. Pour y parvenir, nous débiterons donc par identifier les éléments caractéristiques essentiels de la théorie de Dworkin (1) que nous répartirons entre deux catégories, soit les éléments qui concernent l'arrière-plan théorique au sein duquel prend place l'acte de juger (1.1) et ceux qui concernent directement le processus d'adjudication (1.2). Par la suite, nous nous intéresserons aux convergences entre les éléments identifiés dans la section 1 et ceux tirés du discours judiciaire ainsi qu'aux tensions qui existent entre les deux cadres conceptuels (2). Finalement, nous clorons ce chapitre par une réflexion visant à déterminer si les convergences et les tensions relevées permettent de considérer que la théorie de Dworkin rend compte de manière satisfaisante du revirement jurisprudentiel s'étant opéré au sujet de l'aide médicale à mourir ou s'il apparaît préférable de se tourner vers une autre théorie de l'adjudication (3). Cette réflexion sera alimentée tant par les convergences et les tensions mises en lumière dans la sous-section 2 que par la considération des difficultés propres à l'application d'une théorie du droit américaine à un discours judiciaire canadien.

### **1. Les éléments caractéristiques et fondamentaux de la théorie dworkinienne**

À l'occasion du chapitre 1, nous avons présenté la proposition théorique de Dworkin qui peut être divisée en deux parties. D'une part, on retrouve la présentation du droit-intégrité, qui constitue la théorie du droit élaborée par Dworkin. Cette théorie vise principalement à répondre à la question « Qu'est-ce que le droit ? » et couvre un spectre très large de considérations relatives au droit en tant que phénomène social. D'autre part, il a été question d'un élément plus spécifique, soit la théorie des droits, qui ne vise qu'à offrir une réponse à la question « Que devrait être le droit ? » et qui détaille le processus adjudicatif que devrait respecter un juge ayant accepté le droit-intégrité. Puisque nous avons déjà exposé ces éléments en détail, il ne sera pas question de les représenter exhaustivement ici. La visée de la présente section sera toute autre puisqu'il sera plutôt question d'identifier les éléments de la théorie dworkinienne qui en constituent des éléments propres et essentiels. Formulé autrement, nous pouvons dire que nous chercherons à identifier les éléments théoriques non triviaux du droit-intégrité (1.1) et de la théorie des droits (1.2) qui doivent nécessairement être acceptés par les juristes et les juges qui se réclament de cette

théorie. Pour ce faire, nous tâcherons de mettre en lumière les éléments qui distinguent la théorie dworkinienne du positivisme juridique et qui ne sont acceptés ou revendiqués que par l'une ou l'autre de ces théories.

À titre de remarque préliminaire, notons que bien que le droit-intégrité englobe la théorie des droits, nous maintiendrons la division établie entre les deux afin de simplifier la comparaison entre le discours judiciaire et la théorie dworkinienne. Pour cette raison et à partir de maintenant, les deux seront chaque fois présentées dans des sous-sections distinctes.

### **1.1 Éléments caractéristiques du droit-intégrité**

Le droit-intégrité se veut avant tout une réponse au positivisme juridique articulée sous la forme d'une théorie du droit reposant sur des bases différentes [Dworkin, 1978, p. vii]. Étant fondamentalement différentes, ces deux théories sont opposées à plusieurs égards. C'est donc par l'entremise de ces oppositions que nous identifierons succinctement les éléments caractéristiques du droit-intégrité que nous tenterons ensuite de retrouver dans le discours judiciaire.

La première particularité qu'il convient de placer dans la catégorie des éléments caractéristiques est sans doute l'idée que le droit n'est pas uniquement composé de règles identifiables par l'entremise d'une règle de reconnaissance [Dworkin, 1978, p. 22 ; Hart, 1963, p. 92]. Ainsi, à la vision hartienne d'un droit composé de règles imperméables à la morale et discernables à l'aide d'une règle de reconnaissance, Dworkin oppose plutôt l'idée d'un droit en tant que pratique sociale de nature argumentative qui justifie l'emploi de la force au sein d'une communauté donnée [Dworkin, 2016, p. 13, 97-98 ; Postema, 2004, p. 293]. Dans une perspective davantage dworkinienne, un juge pourrait ainsi accepter de prendre en considération des éléments de nature extra législative pour justifier de retenir un verdict au détriment d'un autre. Sa conclusion n'aurait donc pas à être le fruit d'une réflexion reposant uniquement sur des règles validement adoptées en vertu d'une règle de

reconnaissance, mais pourrait aussi inclure des considérations de moralité politique sous la forme de principes, ces dernières faisant partie intégrale du droit selon Dworkin.

La deuxième particularité du droit-intégrité concerne la position qui doit être adoptée à l'égard du droit et découle de la caractérisation que Dworkin a préalablement faite de celui-ci. Puisqu'il considère le droit comme une pratique sociale argumentative, Dworkin estime qu'il est nécessaire de procéder à une interprétation constructive de cette pratique, c'est-à-dire à une interprétation centrée sur l'intention de l'interprète qui tente d'imposer un sens à ladite pratique, sens qui vise à montrer cette dernière sous son meilleur jour [Dworkin, 2016, p. 52 ; Honeyball et Walter, 1998, p. 55]. Cette présence de l'interprétation, enchâssée au cœur même du concept de droit chez Dworkin, conditionne par le fait même la position qu'il convient d'adopter par rapport au droit. En effet, l'omniprésence de l'interprétation, elle-même possédant un caractère interprétatif, force les acteurs du droit à adopter un point de vue interne à cette pratique, préférant la position d'un citoyen engagé dans une pratique dynamique plutôt que celui d'un observateur externe placé en face d'un objet fixe [Dworkin, 2016, p. 65-66 ; Guest, 2013, p. 70 ; Ripstein, 2007, p. 10, 14]. Tant cette conception du droit que la place que le point de vue qu'elle invite les acteurs à adopter diffèrent de celles promues par le positivisme juridique de Kelsen et de Hart puisque ce dernier cherchait plutôt à favoriser une approche externe du droit caractérisée par un observateur neutre, objectif et détaché [Donato, 1988, p. 1535].

À titre de troisième caractéristique, notons la possibilité, reconnue par Dworkin, que les juges entretiennent des désaccords quant aux fondements du droit, ce qui permet de rendre compte de l'existence des *hard cases* au sein de la jurisprudence. Pour les positivistes, de tels *hard cases* existent bel et bien, mais ils sont la résultante de désaccords empiriques basés sur des applications différentes du droit aux faits en cause [Honeyball et Walter, 1998, p. 33 ; Shapiro, 2007, p. 41]. Pour Dworkin, les cas difficiles peuvent effectivement résulter de tels désaccords, mais ils peuvent aussi avoir pour objet les fondements du droit sur lesquels les juges ont un avis divergeant. Puisque le droit-intégrité autorise les références à la moralité de la communauté, il est tout à fait concevable que l'évaluation

que fait un juge de cette moralité diffère de celle faite par un autre juge : là où un premier juge fait de l'autonomie un élément primordial de la moralité politique de sa communauté, un second peut y préférer la protection des individus vulnérables au motif qu'une telle interprétation montre la communauté sous son meilleur jour [Dworkin, 2016, p. 41 ; Honeyball et Walter, 1998, p. 33].

La quatrième et dernière caractéristique du droit-intégrité que nous relèverons ici concerne la place que Dworkin accorde au concept d'intégrité. Selon lui, l'intégrité fait partie des grands idéaux politiques d'une communauté au même titre que ceux de justice et d'équité [Dworkin, 2016, p. 178]. L'intégrité défendue par Dworkin consiste, pour une communauté, à agir de manière conforme à ses principes comme le ferait un individu qualifié d'intègre [Dworkin, 2016, p. 172 ; Postema, 2004, p. 294]. Comme nous l'avons vu au chapitre 1, la souplesse du concept d'intégrité permet au droit de conserver le dynamisme nécessaire à son évolution et à son adaptation aux changements de la communauté tout en maintenant une certaine cohérence avec les décisions du passé. L'intégrité de la théorie dworkinienne diffère donc de la théorie positiviste sur ce point de deux façons. D'une part, elle fait de l'intégrité un idéal politique d'une importance beaucoup plus élevée que ne le fait le positivisme. D'autre part, elle octroie une plus grande latitude aux juges à l'égard des précédents puisqu'elle leur permet d'en arriver à des verdicts différents que ceux des causes antérieures si ces nouveaux verdicts offrent une plus grande cohérence de principes que leurs prédécesseurs [Dworkin, 2016, p. 219-220 ; Hershovitz, 2006, p. 114].

## **1.2 Éléments caractéristiques de la théorie des droits**

Ayant présenté les principaux éléments caractéristiques du droit-intégrité, nous procéderons au même exercice à l'égard de la théorie adjudicative proposée par Dworkin, soit la théorie des droits. Par la suite, nous aurons tous les éléments requis en main pour nous atteler à l'évaluation de la compatibilité entre les deux théories de Dworkin et le discours judiciaire tel qu'exposé dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*.

La première caractéristique distinctive de la théorie des droits concerne la réponse que cette théorie apporte à la question « Que devrait être le droit ? ». Cette réponse est en effet diamétralement opposée à celle offerte par la théorie utilitariste de Bentham qui stipule que le droit devrait être ce qui sert le bien-être général [Dworkin, 1978, p. vii]. Pour Dworkin, le droit devrait plutôt être ce qui permet de reconnaître les droits individuels des citoyens et ce qui permet de les défendre contre les visées de la majorité considérée dans son ensemble [Dworkin, 1978, p. 194]. Alors que de tels droits sont considérés par Bentham comme des « non-sens sur des échasses », Dworkin en fait la base même du travail judiciaire. Ce revirement entraîne par conséquent une importante rupture dans la pratique judiciaire puisque le droit passe d'un objectif de réalisation du bonheur du plus grand nombre, ce qui s'opère forcément au détriment de certains individus, à une protection de certains droits institutionnels ne pouvant pas être violés même si cela permettait l'avancement de certains buts politiques ou sociétaux [Dworkin, 1978, p. 173]. Au sein d'une communauté qui accepte le droit-intégrité et où les juges appliquent la théorie des droits, les arguments de principes, qui décrivent des droits détenus par les individus, l'emporteront toujours sur les arguments de politiques qui ne font que décrire un but ou une situation qu'il serait avantageux pour la communauté d'atteindre [Dworkin, 1978, p. 90 ; Dworkin, 1985, p. 2-3 ; Perry, 1997, p. 788]. Pour résumer succinctement cette caractéristique de la théorie des droits, disons simplement que cette théorie opère un déplacement à l'égard du travail des juges qui doivent désormais agir à titre de gardiens des droits individuels plutôt qu'à titre de promoteurs du bonheur du plus grand nombre.

Du revirement souligné à titre de première caractéristique de la théorie des droits découle une seconde particularité qui concerne le type d'arguments auquel peuvent référer les juges. Pour Dworkin, il faut en effet distinguer les arguments de politiques des arguments de principes sur la base de ce qu'ils défendent, mais aussi selon les acteurs qui peuvent y référer [Dworkin, 1978, p. 22, 90]. Étant souverain, le législateur peut avoir recours aux deux types d'arguments pour justifier ses programmes et ses activités. Cependant, ce n'est pas le cas des juges qui sont appelés à se prononcer sur l'existence ou non des droits revendiqués par les parties : ils sont plutôt limités aux arguments de principes qui, de manière complémentaire aux règles, permettent d'affirmer l'existence ou l'inexistence des

droits revendiqués au sein de la communauté [Dworkin, 1978, p. 115-116]. Cette modification du répertoire dans lequel les juges peuvent puiser pour justifier leurs décisions a plusieurs conséquences. D'une part, cela limite l'implication des opinions politiques des juges puisqu'en l'absence d'arguments de politiques, ils ne peuvent justifier un verdict X au motif qu'il est plus bénéfique ou utile pour la communauté, et ce, sans autre fondement. D'autre part, cela permet aux juges d'intégrer des considérations relatives à la morale dans le discours judiciaire puisque les arguments de principes, de par leur nature, légitiment voire encouragent le recours à la sphère de la moralité, plus particulièrement la moralité qu'il convient d'attribuer à la communauté prise dans son ensemble [Dworkin, 1978, p. 68 ; Gilles et Labayle, 2012, p. 338 et 351].

Finalement, la théorie des droits propose un processus d'interprétation qui diffère grandement de celui dévolu aux juges par le positivisme juridique. Brièvement, rappelons que le positivisme, dans sa formulation hartienne, considère le droit comme ayant une texture ouverte, texture qui s'explique par l'impossibilité du langage de prévoir grâce au texte l'ensemble des possibilités pouvant se produire [Hart, 1961, p. 124-125]. Par conséquent, il est possible que, dans certains cas, le juge épuise les sources d'informations que sont la loi et la jurisprudence sans pour autant avoir trouvé la réponse à donner au litige. Confronté à la texture ouverte, il n'a alors d'autres choix que d'agir à titre de législateur suppléant et de procéder à un exercice de création. Par cet acte de création, le juge aura ainsi colmaté la brèche et les prochains juges confrontés à la même question pourront s'appuyer sur le précédent ainsi créé. Chez Dworkin, cette démarche décisionnelle est à proscrire puisqu'elle repose sur une fiction : les juges ne raisonnent jamais en deux temps, soit un premier pour identifier si le cas qui se présente à eux est couvert par la loi et les précédents et un second pour s'adonner à un exercice de création affranchi de toute contrainte [Dworkin, 1978, p. 85-86]. Selon lui, le juge est plutôt continuellement soumis à certaines contraintes qui agissent comme autant de balises le guidant vers son objectif : parvenir à l'interprétation qui montre la communauté sous son meilleur jour [Dworkin, 2006, p. 14-15 ; Dworkin, 2016, p. 256]. Pour Dworkin, ce processus d'interprétation constructive doit être sans cesse renouvelé, chaque cas impliquant un droit ou une liberté exigeant une réinterprétation de ce droit ou de cette liberté pour s'assurer que la conception



qui en est défendue contribue chaque fois à présenter la communauté sous son meilleur jour. Par conséquent, il faut rejeter l'idée que la loi possède un « moment canonique » au cours duquel l'ensemble de sa signification s'est dévoilée pour se cristalliser [Rivet, 2005, p. 16-17]. Il faut plutôt y préférer un processus d'interprétation constructive qui remet chaque fois en contexte les textes de loi interprétés afin d'adapter l'interprétation qui en est faite, seule façon de montrer chaque fois la communauté sous son meilleur jour. Bien que le respect du précédent demeure une considération importante pour Dworkin, il souhaite éviter que celui-ci entrave l'évolution du droit et ne le condamne à répéter mécaniquement les décisions du passé. Dans certains cas, il faut donc préférer une interprétation constructive donnant lieu à une nouvelle conception d'un droit ou d'une liberté, plus conforme à la morale politique de la communauté, que de s'en tenir de manière stricte à un précédent offrant une conception temporellement figée et qui sera, un jour ou l'autre, forcément dépassée [Brink, 2016, p. 292 ; Dworkin, 2016, p. 368-369].

## **2. Points de convergence et de tension entre la théorie dworkinienne et le discours judiciaire**

Maintenant que les éléments caractéristiques du droit-intégrité et de la théorie des droits ont été rappelés, il est possible de procéder à l'établissement des points de convergence ainsi que les tensions entre le cadre théorique dworkinien et le discours judiciaire dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Rappelons avant tout que, au cours du chapitre 2, nous avons mis en lumière les contraintes que les juges estiment devoir respecter lorsqu'ils rendent un jugement. Alors que certaines de ces contraintes concernent spécifiquement le travail des juges (techniques d'interprétation, place dévolue aux précédents, utilisations permises du concept d'intention de l'auteur), d'autres sont plus générales puisqu'elles proviennent de la structure politique du Canada (rôle des juges dans un régime constitutionnel, place du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif). Sans qu'il soit question de procéder à un exercice de classification de chacune des contraintes identifiées dans le discours judiciaire, il est cependant pertinent de mentionner que les contraintes plus spécifiques tendent à correspondre davantage aux éléments théoriques formant la théorie des droits alors que les contraintes plus générales trouvent généralement écho dans la théorie du droit-intégrité.

Dans un souci de clarté, nous exposerons donc les points de convergence et les divergences entre la théorie de Dworkin et le discours judiciaire dans des sous-sections différentes pour chaque juge ou groupe de juges ayant rendu des motifs. Ainsi, pour l'arrêt *Rodriguez*, nous consacrerons une sous-section au motif de la majorité, rédigés par le juge Sopinka, une section aux motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin et une section aux motifs du juge Lamer. Puisque le juge Cory ne fournit que de très brefs motifs et qu'il se rallie aux propos du juge Lamer (et en partie à ceux de la juge McLachlin), nous ne lui consacrerons pas une sous-section autonome, nous contentant d'y référer au besoin à l'occasion des autres sous-sections. Les motifs unanimes de la Cour dans l'arrêt *Carter* feront eux aussi l'objet d'une sous-section distincte dans laquelle il sera question d'étudier les éléments propres à l'affaire *Carter*, mais aussi ceux concernant la mise en relation de cette décision avec celle rendue dans *Rodriguez*. Une fois ces éléments mis en lumière, nous serons en mesure de nous demander, à l'occasion de la sous-section 3, si le raisonnement déployé, les arguments mobilisés pour défendre ce dernier et le processus décisionnel dans son ensemble de chaque juge ou groupe de juges sont compatibles avec le cadre théorique de Dworkin.

## **2.1 Dans les motifs de la majorité (sous la plume du juge Sopinka)**

Débutons la liste des convergences entre la théorie dworkinienne et les motifs de la majorité dans *Rodriguez* en soulignant la proximité qui existe entre les notions de politiques et de principes employées dans les deux cas. Dworkin et la majorité définissent ainsi tous deux les politiques comme une orientation adoptée par l'État qui vise l'atteinte d'un objectif ou d'une situation jugée désirable [Dworkin, 1978, p. 22, 90 ; *Rodriguez*, 1993, p. 595]. Les deux s'accordent aussi quant à l'idée selon laquelle la détermination de politiques est l'affaire du pouvoir législatif, faisant en sorte que les tribunaux peuvent constater l'existence de ces dernières sans pour autant pouvoir leur apporter des modifications (selon la majorité) ou les mobiliser pour justifier un verdict (selon Dworkin) [Dworkin, 1978, p. 90 ; *Rodriguez*, 1993, p. 589-590]. La notion de politiques mobilisée par chacune des parties semble ainsi tout à fait compatible.

La notion de principe fait aussi l'objet d'une convergence intéressante. Cela est d'autant plus révélateur que, comme nous l'avons mentionné dans la première sous-section de ce chapitre et dans le chapitre 1, la notion de principe est primordiale dans la philosophie dworkinienne. L'idée de Dworkin selon laquelle les principes sont des exigences de la morale décrivant des droits détenus par les individus s'arrime bien avec celle émise par la majorité voulant que les principes de justice fondamentale soient des obligations issues de la morale (c'est la notion de principe), fruits d'un certain consensus (c'est la qualification de fondamentale) et qui possèdent un caractère suffisamment défini et juridique (d'où la notion de justice) [Dworkin, 1978, p. 22, 90 ; *Rodriguez*, 1993, p. 590-591]. De plus, tant Dworkin que la majorité s'accordent pour dire qu'un système juridique ne contient pas l'ensemble des principes moraux qui existent, seulement une partie d'entre eux, et qu'au sein de cet ensemble, il est possible que certains principes entrent en conflit [Dworkin, 1978, p. 27, 65, 72 ; *Rodriguez*, 1993, p. 613]. Dans de tels cas, la tâche du juge consiste à mener un exercice de pondération, déterminant par le fait même le principe ou le groupe de principes qui doit avoir préséance sur les autres principes impliqués : dans *Rodriguez*, cet exercice de pondération mène la majorité à conclure qu'entre les principes d'autonomie et de dignité et celui de préservation du caractère sacré de la vie, les premiers doivent céder le pas au second puisqu'il est à la fois l'objet d'un consensus plus grand et plus cohérent avec l'attitude du gouvernement canadien à l'égard de l'infliction de traitements ou de châtiments causant la mort [*Rodriguez*, 1995, p. 608]. Soulignons toutefois que, contrairement à Dworkin, les juges de la majorité considèrent qu'il existe différentes catégories de principes à l'importance croissante dans le système de justice canadien, soit la catégorie des principes, celle des principes fondamentaux et celle des principes de justice fondamentale [*Rodriguez*, 1993, p. 607]. Cette distinction ne se retrouve pas chez Dworkin, ce dernier estimant que les juges doivent chaque fois procéder à un exercice de pondération pour savoir quel principe permet, dans un cas donné, une meilleure réalisation des idéaux de justice, d'équité et d'intégrité [Dworkin, 2016, p. 217, 405]. En bref, on peut affirmer que la majorité et Dworkin s'entendent sur le fait que les politiques constituent l'apanage du pouvoir législatif alors que les principes intéressent particulièrement les tribunaux qui peuvent y trouver des arguments de nature morale suffisamment «juridicisés» pour

être mobilisés par les tribunaux [Dworkin, 1978, p. 68 ; Gilles et Labayle, 2012, p. 338 et 351].

Les autres éléments compatibles avec la théorie de Dworkin que l'on retrouve dans le discours de la majorité impliquent principalement la théorie des droits puisqu'ils concernent le processus décisionnel et le type de considérations qui peuvent y intervenir. D'abord, il faut noter que les étapes suivies par la majorité ressemblent à celles suivies par le juge Hercule lorsqu'il est confronté à un cas difficile. Ainsi, comme Hercule, la majorité débute en se demandant quelles sont les valeurs en jeu [Dworkin, 2016, p. 381 ; *Rodriguez*, 1993, p. 584]. La majorité relève à ce titre le caractère sacré de la vie et le thème de la dignité [*Rodriguez*, 1993, p. 585-586]. Tout de suite après, elle indique la nécessité de déterminer ce que ces valeurs signifient et impliquent en termes de droits. C'est ce qu'elle fait lorsqu'elle s'interroge pour savoir si

« [e]n tant que membres d'une société fondée sur le respect de la valeur intrinsèque de la vie humaine et sur la dignité inhérente de tout être humain, pouvons-nous insérer dans la Constitution, qui consacre nos valeurs fondamentales, le droit de mettre fin à sa propre vie ? » et d'ajouter « Cette question soulève à son tour d'autres interrogations qui sont d'importance fondamentale, telle la mesure dans laquelle notre conception du caractère sacré de la vie comprend également des notions de qualité de vie » [*Rodriguez*, 1993, p. 585].

De ce passage assez dense, nous devons souligner de nombreux éléments qui constituent autant de convergences vers le cadre théorique de Dworkin. Tout d'abord, les juges reconnaissaient qu'ils doivent élaborer la conception des différents concepts qu'il convient d'adopter. C'est exactement ce que Dworkin exige du juge Hercule puisqu'il est tout à fait conscient qu'un même concept peut se décliner sous plusieurs conceptions et que le choix de l'une d'entre elles conditionnera la suite du processus [Dworkin, 2016, p. 381]. Ensuite, les deux questions auxquelles Hercule doit répondre avant de procéder, soit celles consistant à déterminer si la Constitution impose une conception précise des valeurs et celle consistant à déterminer si la Constitution impose le respect de certains droits individuels, trouvent une réponse dans le raisonnement exposé par la majorité [Dworkin, 2016, p. 381-382]. À la première question, la majorité répond qu'on ne retrouve pas une telle conception

imposée et qu'il faut donc se tourner vers la jurisprudence de la Cour suprême, cette dernière ayant élaboré une conception de ces valeurs dans l'arrêt *Morgentaler* [Rodriguez, 1993, p. 586]. Cependant, elle répond positivement à la seconde question lorsqu'elle indique que la constitution garantit un droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne à son article 7. Elle insiste d'ailleurs sur le droit à la sécurité de la personne et, toujours en référant à *Morgentaler*, elle écrit que la conception à retenir de ce droit implique un droit à « une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État » [Rodriguez, 1993, p. 588]. Comme Hercule, la majorité a ainsi vérifié si elle était tenue à une conception particulière en raison du texte constitutionnel et, ayant répondu par la négative, elle a établi les droits individuels qui étaient garantis par la constitution. Finalement, retenons de ce passage que les juges de la majorité acceptent l'idée qu'ils rendent un jugement « à titre de membres d'une société » et donc qu'ils ont un point de vue interne, propre aux acteurs, et non celui externe qu'adopteraient des observateurs [Rodriguez, 1993, p. 585].

La majorité poursuit son raisonnement d'une manière différente d'Hercule quant à la forme, mais qui demeure analogue sur le fond. En effet, Dworkin propose qu'Hercule répertorie l'ensemble des formulations possibles des droits en cause avant de leur appliquer le test de compatibilité et le test de justification [Dworkin, 2016, p. 387]. Ce n'est pas la marche à suivre qu'adopte la majorité puisqu'elle présente plutôt une formulation des droits en cause avant de montrer en quoi il s'agit de la meilleure formulation qui soit. Pour la majorité, le droit à la sécurité de la personne ne peut être conçu comme incluant le droit de recevoir de l'assistance pour mettre fin à ses jours. Cette conception du droit à la sécurité de la personne est jugée compatible avec les pratiques de la communauté puisqu'elle s'accorde avec la distinction faite en droit entre la cessation d'un traitement, pratique légale et faisant l'objet d'un consensus parmi la communauté médicale, et l'administration d'un traitement visant à causer la mort, pratique toujours controversée [Rodriguez, 1993, p. 601]. Cette conception est aussi celle répandue à travers la majorité des juridictions occidentales similaires au Canada [Rodriguez, 1993, p. 605]. La majorité défend que cette conception est celle qui présente la communauté sous son meilleur jour puisqu'elle est celle

qui actualise le mieux le principe de caractère sacré de la vie [Rodriguez, 1993, p. 608]. Pour preuve, elle avance l'existence d'un consensus dans la population à l'effet qu'il faille protéger et respecter la vie humaine ainsi qu'une forte tendance chez les spécialistes de la santé à privilégier la préservation de la vie par rapport à l'autonomie individuelle [Rodriguez, 1993, p. 608]. Elle ajoute aussi que la prohibition prévue à l'article 241b) du *Code criminel*, qui vise à préserver le caractère sacré de la vie, est tout à fait cohérente avec l'abolition de la peine capitale : dans les deux cas, cela signifie que l'État refuse de tuer puisque cela dévalorise la vie humaine [Rodriguez, 1993, p. 608]. Comme l'État doit être un modèle pour les individus et que la peine capitale a été abolie dans cette optique, la cohérence commande que notre conception du droit à la sécurité ne puisse permettre que des médecins, engagés par l'État, donnent la mort dans certaines occasions.

Parmi ce qu'il convient de qualifier de tension entre le discours de la majorité et la théorie de Dworkin, relevons la présence d'arguments de type utilitariste dans l'argumentaire de la majorité [Bernatchez, 2007, p. 245]. En effet, la théorie adjudicative de Dworkin se veut une alternative, basée sur les droits, à la théorie utilitariste de Bentham devant guider les juges dans la détermination de ce que devrait être le droit. Or, dans le raisonnement de la majorité, l'absence d'un consensus populaire sur la question et les craintes d'abus potentiel formulées par les experts semblent des arguments suffisamment convaincants pour limiter le droit à la sécurité de Mme Rodriguez et des autres individus handicapés demandant l'aide médicale à mourir [Rodriguez, 1993, p. 605-606]. Le rejet par Dworkin de ce type d'argument ne signifie pas pour autant qu'il aurait rejeté la conclusion de la majorité : cela signifie simplement que cette conclusion n'aurait pas pu être appuyée par de tels arguments et qu'il aurait fallu y parvenir d'une autre façon.

Sans être identique à celui proposé par Dworkin, le raisonnement des juges de la majorité dans *Rodriguez* comporte donc néanmoins des similitudes importantes avec celui suivi par Hercule. Qui plus est, le processus d'interprétation employé par la majorité fait référence au contexte sociohistorique, à l'existence d'un consensus au sein de la population et à l'objectif législatif de manière conforme à celle théorisée par Dworkin. Lorsqu'on ajoute

les similitudes qui existent quant aux notions de politiques et de principes, il est difficile de ne pas y voir des ponts intéressants. Il faut néanmoins souligner l'existence d'un certain bémol qui prend la forme d'un recours à des arguments de type conséquentialiste alors que la théorie des droits récuse ce genre de justification en matière de droits et libertés. Nous reviendrons d'ailleurs plus en détail sur ce qu'il est possible d'en conclure à l'occasion de la réflexion qui prendra place dans la sous-section 3.

## **2.2 Dans la dissidence des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé**

Il est intéressant d'analyser le raisonnement déployé par les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé à la lumière de la théorie de Dworkin en raison des parallèles qu'il est possible d'établir entre les deux. D'entrée de jeu, on peut soulever la proximité qui existe entre leur conception des principes, mais aussi du droit en général. En effet, la juge McLachlin écrit que « le rôle des principes de justice fondamentale est d'assurer que les ingérences de l'État dans la vie, la liberté et la sécurité de la personne soient conformes à nos notions historiques, et en évolution, d'équité et de justice » [Rodriguez, 1993, p. 619]. Derrière cette phrase, on retrouve l'idée dworkinienne selon laquelle le droit est une pratique qui doit tenir compte à la fois du passé, mais aussi de la direction vers laquelle il se dirige [Dworkin, 2016, p. 97-98]. Il ne semble donc pas souhaitable, tant pour Dworkin que pour les deux juges, de faire une lecture anhistorique ni de se contenter de répéter sans cesse les mêmes actions par souci de conformité au passé. Qui plus est, cette phrase tirée des motifs des juges permet de montrer que les idéaux devant guider l'évolution du droit sont ceux de l'équité et de la justice, comme c'est le cas chez Dworkin (qui y ajoute cependant l'idéal d'intégrité) [Dworkin, 2016, p. 178].

De plus, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé s'attellent, comme le fait le juge Hercule, à la tâche de déterminer quelle conception du droit à la liberté de la personne, qui inclut le droit à l'autodétermination, est la plus compatible avec la pratique de la communauté et qui permet de justifier l'ensemble de la pratique de cette dernière [Dworkin, 2006, p. 14-15 ; Dworkin, 2016, p. 245]. En pratiquant la méthode d'interprétation par cercles concentriques, les juges s'intéressent d'abord au traitement législatif du suicide avant

d'élargir le spectre de leurs recherches au traitement législatif des actes causant la mort d'autrui [Dworkin, 2016, p. 250 ; *Rodriguez*, 1993, p. 623-624]. Elles en concluent que, en plus d'avoir décriminalisé le suicide, l'État a prévu de nombreux cas où le fait de causer la mort d'autrui n'était pas criminalisé en présence d'une justification (légitime défense, omissions causant la mort, manquement de fournir « les choses nécessaires à l'existence), rompant ainsi avec l'idée que le Parlement a toujours eu l'intention de criminaliser systématiquement de tels actes [*Rodriguez*, 1993, p. 623-624]. Décriminaliser l'aide au suicide serait donc tout à fait cohérent avec la pratique actuelle, la justification permettant qu'un tel acte ne mène pas à des poursuites pouvant se trouver dans le fait qu'une telle aide ne fait que permettre à des individus handicapés de commettre un suicide.

Le dernier point de convergence que nous soulèverons entre le discours judiciaire et la théorie de Dworkin est peut-être le plus fondamental. Dans leur argumentaire, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé s'opposent vigoureusement au fait que Mme Rodriguez se voit interdire l'aide médicale à mourir au motif qu'une décriminalisation de ce geste risque de mener à une cascade de morts provoquées [*Rodriguez*, 1993, p. 620-621]. Une telle mesure fait de Mme Rodriguez « le bouc émissaire » et indique qu'au nom du bien-être de la majorité, il est acceptable de priver certains individus de leurs droits [*Rodriguez*, 1993, p. 621]. Difficile de ne pas voir poindre l'utilitarisme benthamien derrière cette situation où le droit est, dans ce cas précis, ce qui contribue à l'utilité générale. Or, c'est exactement à cette conception de ce que devrait être le droit que s'oppose Dworkin puisque selon lui, ce sont plutôt les droits en tant qu'atouts opposables à l'État qui doivent toujours primer [Dworkin, 1978, p. vii, xi ; Guest, 2013, p. 20-21]. Sur ce point, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé s'accordent donc avec Dworkin pour dire qu'une politique sociale ne peut pas être évoquée pour justifier une atteinte aux droits fondamentaux d'un individu.

Bien que ces ressemblances rapprochent de manière intéressante le discours judiciaire de la théorie de Dworkin, nous ne saurions passer sous silence un important élément de contraste entre les deux. Alors que certaines portions des motifs des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé semblent s'accorder avec l'interprétation constructive socialement et



historiquement située défendue par Dworkin, d'autres apparaissent comme réduisant le tout à une décision devant être tranchée « dans une logique purement instrumentale (la rationalité des moyens mise en œuvre pour restreindre le droit à la sécurité), sans considérer la fin » [Bernatchez, 2007, p. 241-242]. C'est effectivement ce qui ressort du discours des juges lorsqu'elles écrivent que « [l]a seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi » [Rodriguez, 1993, p. 628-629]. Cette attitude se manifeste aussi dans le refus des juges de prendre en compte, d'une quelconque façon, l'opinion publique ou la pratique dans d'autres juridictions, comme si la question pouvait être séparée du contexte social et historique. Il semble ainsi y avoir une ambivalence dans la posture adoptée par les juges qui sont en faveur tantôt d'une interprétation similaire à celle prônée par Dworkin, tantôt d'une radicalement différente en ce qu'elle semble exclusivement juridique et fortement décontextualisée.

### **2.3 Dans la dissidence du juge Lamer**

Le juge Lamer tranche le litige sur la base du droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne* plutôt que de le faire à l'aune de l'article 7. Ce choix justifie, en partie du moins, pourquoi sa démarche diffère grandement de celle employée par les autres juges. Cependant, il ne s'agit pas du seul élément. En effet, le juge Lamer manifeste un souci plus marqué que les autres juges à l'égard des questions qui se situent au confluent de la morale, de la politique et du droit. Certes, il reconnaît que la *Charte* entérine certaines valeurs jugées fondamentales pour la société canadienne, mais il refuse de pondérer ces dernières et de se prononcer sur la primauté de l'une sur l'autre : ses convictions supérieures quant à la valeur qui permet l'atteinte d'une plus grande justice ou d'une plus grande équité sont donc laissées de côté [Bégin, 1997, p. 424 ; Rodriguez, 1993, p. 554]. On pourrait donc contraster cette attitude de réserve, caractérisée par la volonté du juge Lamer de traiter la question uniquement « dans une perspective juridique », avec la volonté de Dworkin de décroiser les sphères morale et juridique [Rodriguez, 1993, p. 553].

Ceci étant, certains éléments présents dans les motifs du juge Lamer semblent toutefois compatibles avec la théorie dworkinienne. Par exemple, la démarche employée par le juge Lamer à l'égard de l'objectif législatif ressemble à celle utilisée par le juge Hercule [Dworkin, 2016, p. 342]. En effet, pour analyser l'effet de l'article 241b) du *Code criminel*, le juge Lamer détermine l'objectif qu'il sert, soit celui de protéger les personnes vulnérables [Rodriguez, 1993, p. 561]. Une fois déterminé, cet objectif lui permet de définir le principe qui le sous-tend, le principe de préservation de la vie, avant de préciser que dans le cas présent, ce principe entre en opposition avec le principe d'autodétermination [Rodriguez, 1993, p. 561]. Bien qu'il se soit précédemment refusé à rendre un jugement justifié sur la base d'arguments de nature morale, le juge Lamer demeure conscient que derrière les règles juridiques avec lesquelles il doit jongler, il y a de nombreux éléments moraux en jeu.

Soulignons aussi un autre point de convergence entre la théorie dworkinienne et le discours du juge Lamer que l'on retrouve dans l'utilisation faite par ce dernier de l'historique législatif du suicide. Cette utilisation s'apparente en effet au processus de justification visant à présenter la communauté sous son meilleur jour que défend Dworkin [Dworkin, 2006, p. 14-15 ; Dworkin, 2016, p. 256]. En constatant que l'infraction de suicide a été abrogée en 1972 par le Parlement, le juge Lamer estime que cela signifie que le pouvoir législatif « n'était pas prêt à assurer la protection d'un groupe réunissant un grand nombre de personnes vulnérables (celles qui songent à se suicider) aux dépens de la volonté librement exercée d'une personne décidée à mettre fin à ses jours » [Rodriguez, 1993, p. 559]. Puisque « l'autodétermination [est] dorénavant le facteur primordial dans la réglementation du suicide par l'État », la communauté apparaîtra sous son meilleur jour si l'interprétation constructive qui est faite de sa pratique permet de restituer cette primauté de l'autodétermination [Rodriguez, 1993, p. 561]. Par conséquent, concevoir le droit à l'égalité comme étant violé par une interdiction limitant l'autodétermination en matière de suicide dont jouissent certains individus au motif qu'ils souffrent d'un handicap physique est tout à fait cohérent avec l'historique et la pratique de la société canadienne. À noter que par cet exercice, le juge Lamer ne vient pas contredire sa prétention à ne pas juger d'éléments moraux. À ses yeux, il ne fait qu'énoncer les conséquences juridiques et

logiques qui découlent du fait que l'autodétermination est maintenant un facteur important en matière de législation relative au suicide.

Au final, il est difficile de dire que le raisonnement mobilisé par le juge Lamer peut être totalement justifié à l'aide de la théorie des droits et du droit-intégrité. Il est vrai que certains éléments des motifs peuvent se rapprocher des éléments théoriques propres à la théorie de Dworkin. Cependant, le refus du juge Lamer d'invoquer ouvertement des arguments de principes au soutien de son verdict montre une fermeture, ou du moins une hésitation, à l'égard de l'un des éléments-clés du cadre théorique dworkinien, soit la mobilisation de considérations issues de la morale afin de justifier un verdict juridique.

#### **2.4 Dans les motifs unanimes de la Cour dans *Carter***

Les motifs rendus unanimement par les neuf juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Carter* revêtent une importance particulière dans le cadre du présent exercice puisqu'ils nous fournissent des informations sur deux fronts. D'un côté, l'analyse des motifs fournis par les juges nous permet, encore une fois, de déceler les points de convergences qui existent entre le discours judiciaire et la théorie dworkinienne dans le cadre de la résolution d'un cas se présentant devant la Cour. D'un autre côté, il est possible d'accéder à certaines considérations des juges qui dépassent le simple cadre de l'affaire *Carter* puisque ces derniers sont appelés à justifier une volte-face importante, et ce, malgré l'absence de modifications législatives qui pourraient expliquer ce changement drastique. Aux considérations que l'on pourrait qualifier de standards s'ajoute donc une réflexion sur le rôle des tribunaux face aux changements sociaux qu'il est intéressant de comparer à celle menée par Dworkin sur le sujet.

Relevons tout d'abord la proximité qui existe, comme c'était le cas dans le discours de la majorité dans *Rodriguez*, entre les notions de politiques et de principes que l'on retrouve dans les motifs de la Cour et celles théorisées par Dworkin. Dans les deux cas, on retrouve une séparation marquée entre les deux notions, les politiques étant considérées comme la

prérogative du pouvoir législatif lui permettant de faciliter l'atteinte d'un état de fait jugé souhaitable [Carter, 2015, p. 380]. À l'inverse, tant les juges que Dworkin considèrent les principes comme appartenant à la sphère judiciaire et ils peuvent donc être valablement mobilisés pour appuyer une décision. Cette utilisation des principes par les juges est d'ailleurs conforme à celle recommandée par Dworkin si l'on analyse le discours judiciaire comme suit.

Les principes de justice fondamentale auxquels réfèrent constamment les juges dans *Carter* sont des indicateurs qui intègrent des exigences de la morale, et sont donc souples, tout en conservant un caractère suffisamment défini pour être opérationnalisés et réemployés d'une décision à l'autre. Dans un conflit de valeurs comme celui prenant place dans *Carter*, les principes de justice fondamentale renseignent les juges sur les issues de l'exercice de pondération qui sont inaccessibles [Carter, 2015, p. 343]. Ainsi, entre le duo de valeurs autonomie-dignité de la personne et la valeur de protection des individus vulnérables, l'étude des principes de justice fondamentale peut nous renseigner sur l'importance relative de chaque valeur ou groupe de valeurs. Par exemple, en analysant le principe fondamental qui s'oppose à l'arbitraire, on constate qu'il promeut l'existence d'une certaine cohérence entre les lois adoptées par l'État et l'historique juridique de la communauté ainsi qu'entre les lois et un objectif légitimement poursuivi par l'État. Dans un conflit de valeurs opposées, il faudrait donc préférer les valeurs qui s'accordent avec ce principe primordial de la communauté. En l'espèce, ce principe ne fournissait pas d'indications aux juges appelés à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 241b) du *Code criminel* et il n'est donc pas déterminant pour l'issue du litige. Le principe de la portée excessive, pour sa part, indique que les restrictions apportées aux droits fondamentaux doivent être limitées à ce qui est nécessaire et ne doivent pas empiéter indûment sur plus de droits qu'il n'est requis. Alors que les juges de la majorité dans l'arrêt *Rodriguez* estimaient préférable de brimer les droits de certains individus pour protéger un groupe jugé vulnérable, cette pondération est rendue impossible avec l'apparition du principe interdisant la portée excessive puisque ce principe traduit la préférence de la société pour une protection moindre, mais une plus grande préservation des droits. Compris ainsi, les principes de justice fondamentale jouent bel et bien le rôle que leur octroyait Dworkin lorsqu'il affirmait

que les arguments de principes avaient pour but de faire renoncer la communauté à un programme lorsque celui-ci empiète sur les droits [Dworkin, 1978, p. 90 ; Dworkin, 1985, p. 2-3 ; Perry, 1997, p. 788]. Dans *Carter*, tout comme ce fut le cas dans *Rodriguez*, on peut dire que les juges ont agi de manière conforme à la théorie dworkinienne en vertu de laquelle « [t]he man who must decide the problem is therefore required to assess all of the competing and conflicting principles that bear upon it, and to make a resolution of these principles rather than identifying one among others as ‘‘valid’’ » [Dworkin, 1978, p. 72].

Le fait que l’issue de l’arrêt *Carter* diffère de celle de l’arrêt *Rodriguez* est, comme nous l’avons souligné dans le deuxième chapitre, justifié par deux raisons différentes [Carter, 2015, p. 361]. Nous traiterons la raison reposant sur la modification de la preuve plus tard pour nous concentrer sur la raison reliée à l’évolution de la compréhension des principes de justice fondamentale qui s’est opérée entre les deux arrêts. Cette raison est particulièrement intéressante lorsque mise en relation avec la théorie du droit-intégrité puisqu’elle tend à confirmer l’intuition de Dworkin en vertu de laquelle l’exercice d’interprétation auquel se livrent les juges en est un d’interprétation constructive et que cette interprétation doit être sans cesse renouvelée [Dworkin, 2016, p. 65-66 ; Ripstein, 2007, p. 13]. En reconsidérant la constitutionnalité de la prohibition de l’aide médicale à mourir, les juges ont procédé à une nouvelle interprétation de la prohibition. Pour reprendre les mots de Dworkin, ils ont été appelés à se questionner sur la valeur de la prohibition prévue à l’article 241b) du *Code criminel* et sur la pertinence de la maintenir [Dworkin, 2016, p. 66]. Puisque la société a changé entre 1993 et 2015 et que ces changements se sont traduits par l’apparition de nouveaux principes de justice fondamentale, les juges n’ont eu d’autres choix que d’ajuster leur compréhension de ce qu’exige la pratique : au moment de la « replier sur elle-même », des modifications ont été jugées nécessaires pour que cette pratique puisse être convenablement justifiée à l’aune de la totalité des pratiques de la communauté, notamment l’exigence d’absence de portée excessive nouvellement entérinée à titre de principe de justice fondamentale. En ce sens, une lecture dworkinienne de la transformation qui s’est opérée dans le discours de la Cour ne rencontre pas d’obstacle majeur. La seule différence que nous pourrions soulever, et qui ne constitue pas en soi une tension, concerne la présence de principes qualifiés comme étant issus des exigences de la

justice fondamentale. Dworkin estime en effet que les juges doivent, à chaque fois, procéder à un exercice des principes en cause [Dworkin, 1978, p. 29]. Bien que certains principes puissent se voir attribuer systématiquement plus de poids, ils ne possèdent pas un statut particulier ou distinct de celui attribué aux autres principes. En droit canadien cependant, on reconnaît que certains principes sont issus des exigences de la justice fondamentale et, par le fait même, tout principe se retrouvant en contradiction avec ceux-ci doit leur céder le pas. Plus une particularité du système juridique canadien qu'une véritable contradiction avec la théorie de Dworkin, la présence de principes ayant un statut particulier semble répondre à une crainte exprimée par les juges, soit celle que des principes insuffisamment définis permettent d'invalidier des décisions législatives au nom de principes forgés de manière *ad hoc* [Rodriguez, 1993, p. 589-590].

L'autre raison invoquée par la Cour pour justifier le verdict de *Carter* repose sur la transformation et l'évolution de certains éléments factuels sur lesquels reposaient les motifs de l'arrêt *Rodriguez*. Puisque « l'acceptation générale d'une distinction morale ou éthique entre l'euthanasie passive et l'euthanasie active, [...] l'absence de “demi-mesure” susceptible de protéger les personnes vulnérables et [...] le “consensus important”, dans les pays occidentaux » à l'encontre de l'aide médical à mourir ont tous subi des modifications, la Cour estime raisonnable de reconsidérer la question de la constitutionnalité de la prohibition prévue à l'article 241b) du *Code criminel* [Carter, 2015, p. 363]. Et comme ces éléments constituaient les pierres d'assise de l'arrêt *Rodriguez*, il semble naturel que le verdict soit lui aussi différent. Comme ce fût le cas dans l'arrêt *Rodriguez*, et conformément à ce qu'en dit Dworkin, la Cour ancre sa décision au sein d'un contexte de société en permettant que l'avis de citoyens, de professionnels, de professeurs et de médecins soit entendu et pris en compte [Carter, 2015, p. 346]. Dans les deux décisions, les juges ont ainsi eu accès à l'avis d'acteurs agissant à l'intérieur du droit plutôt que de faire reposer leur décision sur un simple syllogisme juridique visant l'adéquation du droit aux faits.

On ne saurait aborder les arrêts *Rodriguez* et *Carter* sans discuter de la question du *stare decisis*. Comme il en a été question précédemment, le *stare decisis* est un principe appliqué

par les tribunaux et en vertu duquel une décision antérieure fait autorité sur les éléments qu'elle a tranchés. Par conséquent, les tribunaux hiérarchiquement inférieurs sont tenus de respecter les précédents mis en place par les tribunaux d'appel, et ce, afin de favoriser une évolution harmonieuse du droit [Carter, 2015, p. 361]. Par extension, ce principe exige qu'un tribunal auquel on soumet une question dont les faits et le droit applicable s'apparentent à ceux d'une question déjà tranchée réfère à la décision antérieure et rende un jugement identique. Or, en l'espèce, le fait que la Cour ait permis que la décision rendue dans *Rodriguez* soit reconsidérée malgré l'absence de modifications législatives est justifié conformément à la théorie de Dworkin. En effet, dans l'arrêt *Procureur général c. Bedford* rendu en 2013 et cité par la Cour, il a été établi que les tribunaux de juridiction inférieure peuvent réexaminer les précédents dans deux cas : lorsque se pose une nouvelle question juridique ou lorsqu'il y a eu des modifications dans la situation ou la preuve qui ont pour effet de « change[r] radicalement la donne » [Carter, 2015, p. 361]. Ces deux conditions visent à conférer de la flexibilité au principe de *stare decisis* pour en conserver les avantages, soit de permettre une évolution ordonnée du droit et de préserver une certaine stabilité juridique, tout en réduisant sa tendance nuisible à freiner l'évolution du droit (c'est la notion de « carcan » évoquée par la Cour) [Carter, 2015, p. 361]. Cette conception du droit comme devant reposer sur des bases stables, mais possédant la souplesse nécessaire pour évoluer dans toutes les directions où il est souhaitable qu'il le fasse n'est pas sans rappeler la conception dworkinienne du droit-intégrité. Dans les deux cas, on retrouve en effet l'idée qu'il doit exister un certain lien entre les décisions du passé, la situation actuelle de la communauté et les conséquences futures qu'il y aura sur celle-ci [Dworkin, 2016, p. 225]. De plus, le *stare decisis* tel que défendu par la Cour s'apparente grandement à l'intégrité, notion que Dworkin estime supérieure à la simple cohérence [Dworkin, 2016, p. 219]. La décision de la Cour dans *Carter*, qui s'est fortement éloignée du verdict dans *Rodriguez*, peut sembler comme étant en rupture avec la décision de *Rodriguez* si on l'analyse uniquement à partir de la position que la Cour a prise par rapport à une mesure législative donnée. Elle peut cependant être considérée comme étant en continuité avec les prescriptions de l'intégrité si on accepte que la décision rendue dans *Carter* vise simplement à transposer dans le droit un changement de valeurs s'étant opéré dans la société. Cette façon de faire n'est pas critiquée par Dworkin puisqu'il estime que l'intégrité

permet de rejeter un précédent si un nouveau jugement actualise mieux les principes sous-jacents à la législation [Dworkin, 2016, p. 220]. Il écrivait d'ailleurs qu'il était préférable, en matière de droits fondamentaux, de rechercher la meilleure formulation de ces droits, quitte à s'écarter des interprétations antérieures erronées, plutôt que de perpétuer une interprétation insatisfaisante [Brink, 2016, p. 292 ; Dworkin, 2016, p. 368-369].

### **3. Réflexions sur la compatibilité des deux cadres conceptuels**

Après avoir étudié séparément les ouvrages de Dworkin d'un côté et le discours judiciaire des affaires *Rodriguez* et *Carter* de l'autre, nous avons mis en lumière les convergences et les contradictions qui existaient entre les deux. Ceci étant fait, il est désormais temps de s'interroger sur les conclusions qu'il est possible de tirer de cet exercice. C'est d'ailleurs ce qui sera fait à l'occasion de la sous-section 3.2. Préalablement, toutefois, nous souhaitons émettre quelques mises en garde qui prennent la forme d'une explication des différents obstacles qui complexifient, ou ont complexifié, l'exercice comparatif (3.1). Ce n'est qu'en ayant ces obstacles en tête qu'il sera possible de dresser un bilan et d'émettre des conclusions à la fois plus réalistes et plus représentatives.

#### **3.1 Obstacles à la comparaison**

Évidemment, un exercice comparatif comme nous nous sommes proposé de le faire est un exercice complexe et multifactoriel. Par souci de transparence, mais aussi pour mieux comprendre la portée des conclusions qu'il est légitime de tirer de la recherche, nous présenterons donc les principaux obstacles à une comparaison et l'effet qu'ils peuvent avoir sur cette dernière en débutant par les plus abstraits. Il s'agit en quelque sorte de remettre en contexte et en perspective les conclusions qui seront présentées dans la sous-section 3.2.

À titre de première difficulté, il importe de souligner l'écart existant entre un cadre théorique élaboré dans l'abstrait et un discours appliqué à une situation définie. D'une part, la comparaison de ces deux éléments est compliquée par le fait qu'ils ne se présentent pas sous la même forme. En ce sens, la théorie de Dworkin s'aborde logiquement puisqu'elle



est construite de toute pièce et présentée dans l'ordre que son auteur a estimé être le plus clair. De plus, les exemples, généralement théoriques, auxquels elle est appliquée permettent aussi une exposition exhaustive, structurée et pédagogique. À l'inverse, mettre en lumière un cadre théorique sur la base d'un discours contextuellement situé et obéissant à des impératifs de forme imposés par le droit est un exercice beaucoup plus périlleux. En rendant un jugement, les juges visent avant tout à offrir une réponse qui sera considérée comme valide à l'aune des critères du système juridique. Les éléments pour lesquels ils fournissent une justification ou une explication ne sont donc pas forcément les mêmes que ceux fournis par un philosophe présentant une théorie du droit. Il y a donc, ne serait-ce qu'au niveau de la forme, un décalage qui fait que certains éléments auxquels la théorie dworkinienne offre une réponse ne sont pas abordés par les juges.

D'autre part, les considérations qui motivent Dworkin et les juges sont très différentes. Différentes en ce que les discours de Dworkin et des juges ne sont pas évalués à l'aune des mêmes critères (prédominance de critères de nature philosophique pour le premier et juridique pour le second), mais aussi en raison des contraintes, plus nombreuses, qui pèsent sur les juges. Comme le reconnaît d'entrée de jeu Dworkin dans *Law's Empire*, il ne s'intéresse qu'à une portion de l'activité judiciaire, celle qui concerne davantage la théorie, laissant de côté certains éléments essentiels de cette activité. Il cite par exemple les questions d'adéquation de la loi aux faits ainsi que les cas de « practical politics of adjudication, the compromises judges must sometimes accept, stating the law in a somewhat different way than they think most accurate in order to attract the votes of other judges, for instance » [Dworkin, 2016, p. 12]. Ces « questions pratiques de politique adjudicative », bien qu'ignorées par Dworkin pour des raisons tout à fait défendables, n'en demeurent pas moins parfois de puissants incitatifs pour les juges et cela complique ainsi la tâche de lier une théorie exempte de ce genre de concessions avec des discours qui en sont pétris.

Dans la même veine, il faut demeurer réaliste face au décalage qui peut exister entre les motifs écrits d'un juge et le fond de sa pensée. Cette dernière n'étant pas accessible, nous devons interpréter les motifs et prêter une certaine intention aux juges à l'égard de la théorie

de Dworkin qui ne saurait être vérifiée. Bien qu'on puisse raisonnablement présumer que les juges de la Cour suprême du Canada connaissent les grandes lignes des thèses de Dworkin, il est impossible de confirmer qu'ils en possèdent une connaissance solide ou, à l'inverse, qu'ils ignorent tout de lui et que toute ressemblance entre leur discours et sa théorie sont fortuites. Difficile donc de quitter la sphère des présomptions et des probabilités à cet égard.

Un autre genre d'obstacles provient des différences entre les systèmes de justice canadien et américain. Dworkin étant un juriste et un philosophe américain, sa philosophie est avant tout pensée pour ce contexte, agrémentée de certaines incursions du côté de la Grande-Bretagne. À l'inverse, la Cour suprême du Canada rend des jugements entièrement situés dans le contexte canadien, avec quelques exceptions issues du droit comparé. Ces différences finissent par avoir un impact significatif puisqu'en matière de droit constitutionnel, de séparation des pouvoirs et d'organisation politique, le régime canadien et le régime américain ne sont pas identiques. Ainsi, en matière constitutionnelle, on se retrouve à comparer les États-Unis, qui possèdent un modèle reposant sur la suprématie judiciaire, avec le Canada, où l'on retrouve plutôt un modèle hybride entre suprématie judiciaire et suprématie législative que certains auteurs nomment le *New Commonwealth Model of Constitutionalism* [Garbaum, 2012, p. 37]. Ayant des procédures de révision judiciaire différente, les deux pays font peser des contraintes différentes sur leurs juges, ce qui complique partiellement l'application d'une théorie américaine à un contexte canadien. L'exercice n'en demeure pas moins pertinent, mais il faut parfois y apporter quelques adaptations. L'autre difficulté contextuelle est que la *Charte canadienne* possède des spécificités auxquelles Dworkin ne s'attarde pas, ce qui fait en sorte que le régime constitutionnel canadien, de par sa structure, contredit parfois directement Dworkin, rendant difficile pour un juge d'appliquer entièrement la théorie du droit-intégrité ou la théorie des droits. Citons, à titre d'exemple, le fait que l'article 1 de la *Charte canadienne* prévoit les cas où une atteinte à un droit fondamental peut être justifiée à l'aune de l'intérêt de l'État alors qu'une telle approche, clairement d'inspiration utilitariste, est rejetée *prima facie* par Dworkin.

Notons aussi la présence d'un problème de type « l'œuf ou la poule » lorsque vient le temps de déterminer si un élément que l'on retrouve à la fois dans la théorie de Dworkin et dans le discours des juges provient initialement de l'un ou de l'autre. Dans beaucoup de cas, les deux sont possibles puisque la théorie de Dworkin est élaborée en prenant la pratique pour modèle alors que le discours judiciaire peut tout à fait avoir été influencé par la théorie de Dworkin. On peut donc relever les éléments qui semblent avoir été transposés de l'un à l'autre, mais il subsistera une interrogation quant à l'origine desdits éléments.

Finalement, il faut aussi glisser un mot à propos des jugements retenus pour effectuer l'exercice comparatif. Tout d'abord, étant au nombre de deux, il est difficile de les considérer comme étant représentatifs de l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême du Canada en matière de droits et libertés. Puisque la *Charte canadienne* a été adoptée en 1982, la jurisprudence la concernant s'étale sur une période de plus de 35 ans ; elle contient de nombreux jugements et porte sur des sujets allant au-delà des articles 1, 7 et 15. Le fait que d'autres décisions aient été consultées ne permet pas non plus de prétendre à l'exhaustivité. De plus, une autre difficulté provient de la rotation constante des juges qui siègent à la Cour. Puisque le banc de la Cour suprême change constamment, il est normal que son orientation change aussi. Bien que tous les juges soient tenus aux mêmes obligations, Dworkin a bien montré que leurs convictions de niveau supérieur pouvaient intervenir à certains moments du jugement [Bégin, 1997, p. 424 ; Dworkin, 2016, p. 257]. Dernièrement, le choix des jugements a davantage été motivé par leur situation factuelle similaire que par leur intérêt pour la philosophie du droit. Il aurait sûrement été possible de trouver deux jugements, sans lien entre eux, mais beaucoup plus riches d'un point de vue philosophique. Cependant, l'objectif du présent mémoire était plutôt de partir d'une question qu'aurait pu se poser un individu à la lecture des deux jugements et de tenter de déterminer si la théorie du droit de Dworkin permettait d'offrir une réponse satisfaisante à ce questionnement. Les arrêts *Rodriguez* et *Carter*, de par l'aspect actuel et polarisant de la question sur laquelle ils se penchaient, leurs similitudes factuelles et l'écart entre leur résultat, constituaient un point de départ intéressant pour l'exercice.

### 3.2 Bilan de l'exercice comparatif

Puisque les éléments théoriques et ceux issus du discours judiciaire ont été mis en parallèle et que les mises en garde ont été faites, il est possible de procéder à la dernière étape de ce chapitre, soit le bilan. En reprenant les points de convergences précédemment identifiés, il sera ainsi question de se demander quelles conclusions il est possible de tirer de cet exercice de mise en relation. À terme, nous serons donc en mesure d'affirmer si la théorie dworkinienne permet de justifier la volte-face judiciaire en matière d'aide médicale à mourir que constitue l'arrêt *Carter*, et ce, malgré l'absence de modifications législatives.

L'idée que le droit n'est pas uniquement composé de règles de nature juridique est une des idées cardinales du droit-intégrité et on la retrouve dans les deux jugements. En effet, le juge Lamer, et, de façon mitigée, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé reconnaissent la place importante que joue la morale dans la formation des lois et des chartes, mais ils préfèrent centrer leur raisonnement sur des éléments presque exclusivement juridiques. Par contre, la majorité dans *Rodriguez* et la Cour dans *Carter* sont très enclines à reconnaître la présence de la morale dans leur travail. Ainsi, sans rendre un jugement qui ne repose que sur des considérations morales, ces deux groupes de juges acceptent de traiter des valeurs en jeu et de déterminer laquelle doit être davantage actualisée dans le cas devant eux. Cette idée est donc clairement compatible avec la théorie du droit-intégrité et le changement de paradigme que Dworkin souhaitait insuffler, mais il faut y mettre un bémol. Il est en effet difficile d'affirmer clairement que la théorie philosophique de Dworkin est la seule responsable de cette intégration de la morale dans les motifs des juges. La théorie peut certes avoir contribué à cela, et en ce sens, elle l'a probablement fait ne serait-ce que parce qu'elle constitue une théorie d'une grande importance depuis la fin des années 70. Cependant, outre évoquer la compatibilité entre la théorie et le discours des juges ainsi que la probable perméabilité du second face à la première, il est impossible d'aller plus loin et d'affirmer que cette théorie est la cause de cette intégration des considérations morales. Nous nous contenterons donc de soulever la très grande proximité et, bien sûr, la compatibilité qui existe entre les deux.

La présence de l'intégrité aux côtés de la justice et de l'équité dans les grands idéaux judiciaires s'avère plausible bien qu'elle ne soit pas déclarée comme telle. Cette difficulté relève du fait que l'intégrité agirait, selon Dworkin, comme le pouvoir d'attraction de Neptune qui se manifestait sans que cette dernière soit visible. Pour filer davantage cette métaphore, nous pourrions dire que si l'intégrité est présente dans les idéaux judiciaires, elle n'a pas encore été clairement mise en lumière par les juges. À titre d'idéal, l'intégrité peut donc être dite invisible, mais elle conditionne tout de même le jugement. Ainsi, dans la majorité des cas, il y a un fort souci de cohérence. Cela s'incarne par un respect important des décisions antérieures (abondamment citées dans les deux jugements, mais surtout dans *Rodriguez*), mais aussi par une volonté de s'écarter des précédents lorsque cela est requis comme en témoigne le verdict dans *Carter*. Comme le souhaite Dworkin, les juges ayant rendu l'arrêt *Carter* s'écarte du précédent qu'est *Rodriguez*, mais elle le fait dans un souci de cohérence en termes de droits consacrés par la Charte. Formulé autrement, on peut dire que les juges ont préféré changer les façons de faire, mais que ce changement a été fait dans le but de préserver une certaine cohérence dans les droits reconnus par la société canadienne en matière d'autonomie et de dignité. À cet égard, la communauté politique peut être dite intègre en raison du respect qu'elle témoigne à ses propres principes. Il faut cependant nuancer ce constant puisque, lorsque s'opère une distanciation avec un précédent, la motivation donnée est généralement du ressort de la justice ou de l'équité, jamais au nom de l'intégrité telle que Dworkin souhaiterait qu'on y réfère.

Toujours dans la même veine, on retrouve effectivement la présence d'une notion d'intégrité législative similaire à celle théorisée par Dworkin selon laquelle il y a une cohérence morale à travers les différentes sphères de la législation et une intégrité adjudicative en ce que les juges postulent l'existence de cette cohérence morale au sein de la législation afin d'orienter l'interprétation qu'ils en font. On peut donc affirmer que l'intégrité est compatible avec les deux jugements analysés et qu'elle va jusqu'à constituer l'une des justifications possibles du revirement s'étant produit dans l'arrêt *Carter* sans toutefois pouvoir affirmer qu'il s'agit d'un idéal aussi clairement défini et accepté par les juges qu'il l'est pour le juge dworkinien Hercule.

Il est évidemment impossible de ne pas traiter ici des principes. Notion centrale et caractéristique de la philosophie de Dworkin, nous estimons qu'elle est très pertinente en l'espèce. C'est tout d'abord parce que les juges partagent une conception similaire à celle de Dworkin quant à la définition des principes, à ce qui les distingue des politiques et à l'idée qu'ils permettent d'intégrer des arguments de nature morale dans le discours judiciaire tout en étant suffisamment juridiques pour être identifiés, définis, circonscrits et mobilisés dans les motifs [Bégin, 1997, p. 424 ; Dworkin, 1978, p. 68 ; Gilles et Labayle, 2012, p. 315 ; Rivet et Santorineos, 2012, p. 380 ; *Rodriguez*, 1993, p. 591-592]. De plus, les jugements impliquent l'article 7 de la *Charte*, qui réfère explicitement aux principes de justice fondamentale, ce qui permet d'expliquer la forte présence de cette notion dans le discours judiciaire. Ajoutons que les juges confèrent du poids aux différents principes, de manière contextuelle, avant de confronter ceux qui s'opposent pour déterminer lequel devrait primer en l'espèce, ce qui constitue un usage identique à celui qu'en fait Hercule. À la question de savoir si la théorie de Dworkin permet de justifier la volte-face, l'on pourrait affirmer que oui, ne serait-ce qu'en raison de cette notion de principe. La différence de jugement entre *Rodriguez* et *Carter* s'explique en effet principalement par deux facteurs. D'une part, les juges estiment que l'avis des experts et de la société s'est quelque peu transformé (ils jugent que de nouvelles preuves renversent certains des éléments sur lesquels l'arrêt *Rodriguez* a été rendu). D'autre part, ils considèrent que les exigences de la justice fondamentale, s'incarnant sous la forme de principes, ont elles aussi changé et que de nouvelles considérations se sont ajoutées au fil des ans. Ces nouvelles considérations, qui traduisent une modification au niveau de ce qui est reconnu comme la moralité politique de la communauté, font en sorte que le jugement rendu dans *Carter* est fort différent de son prédécesseur, malgré le respect qu'ont généralement les cours à l'égard du principe de *stare decisis*. En ce sens, la notion de principe de Dworkin est éclairante et permettrait ainsi de rendre compte de cette volte-face. Cette justification, qui n'aurait pas besoin de référer à l'arbitraire des juges et à leurs préférences idéologiques pour pallier la texture ouverte du droit, pourrait plutôt reposer sur l'idée que la mentalité à l'égard de l'aide médicale à mourir a évolué avec le temps et, malgré l'absence de modification législative corrélative à cette évolution, il est possible de l'intégrer dans le droit. Ainsi, les principes de justice fondamentale jouent ici un rôle de moteurs puisque, par leur flexibilité

et leur proximité avec la sphère morale, ils sont à même de capter les modifications s'étant opérées à l'égard de l'aide médicale à mourir en plus de permettre aux juges de motiver une décision différente. La théorie de Dworkin, ne serait-ce que parce qu'elle insiste sur l'unification des sphères morale, politique et juridique, a pavé la voie à une plus grande ouverture face à la morale dans le discours judiciaire et a offert une solution concrète pour l'intégrer harmonieusement au système juridique. En réinterprétant la différence de verdict entre les arrêts *Rodriguez* et *Carter* à la lumière des principes et de l'intégrité tels que conçus par Dworkin, la volte-face de prime abord drastique tend à s'atténuer. Il est vrai que les conclusions auxquelles sont arrivés les juges se contredisent d'un jugement à l'autre. Cependant, il y a un fil conducteur qui demeure et c'est celui voulant que la moralité de la communauté constitue un facteur important dans l'interprétation du droit de cette même communauté. Considéré sous cet angle, les juges poursuivent toujours le même but, soit celui d'offrir la meilleure formulation des droits fondamentaux qui soit. Ce qui fait la qualité de cette formulation, c'est l'adéquation entre la conception opérationnalisée des droits et les valeurs de la population investie de ces droits. L'acceptabilité sociale de l'aide médicale à mourir ayant changé entre 1993 et 2015, il est normal, et souhaitable dirait Dworkin, que l'interprétation qu'en fait la Cour suprême varie. Et à la lumière de notre analyse, c'est ce qui s'est produit.

Un autre des éléments-clés de la théorie des droits sur lequel il convient de s'attarder est l'objectif servi par celle-ci. Dans le cas présent, et à la lumière des deux arrêts, il est difficile de dire si la réponse à donner à la question « Que devrait être le droit ? » a véritablement changé comme le souhaitait Dworkin. Ce glissement de l'utilitarisme à la préservation des droits individuels est un élément fondamental de la théorie de l'adjudication dworkinienne, mais on ne peut conclure qu'il s'est totalement opéré. En effet, comme l'écrivait Kymlicka, reprenant Rawls, l'utilitarisme demeure une théorie de fond contre laquelle toutes les autres théories doivent lutter et se définir [Kymlicka, 2016, p. 17]. Dans les deux jugements, on sent ainsi la présence de l'utilitarisme qui teinte l'attitude des juges dans de nombreux cas. Il est vrai que certains mettent l'emphasis sur l'existence de droits qui doivent survivre à la majorité (juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, entre autres), mais cela est vite suivi de considérations issues d'une logique plus mécanique du jugement qui semble contredire les

propos [Bernatchez, 2007, p. 241-242]. Les autres juges réfèrent aussi beaucoup aux conséquences (c'est l'effet de l'article 1 que de les intégrer) sous la forme du déplaisir ou de la souffrance engendrés par la mesure et cela ramène, encore une fois, plus vers une idée utilitariste des droits fondamentaux que celle, plus exigeante, des droits comme des atouts inaliénables opposables à l'État. Il est donc plus difficile d'affirmer ici un triomphe clair et net de la théorie des droits face à l'utilitarisme. Ce portrait n'est toutefois pas tout noir puisque l'utilitarisme ne règne plus en seul maître dans la détermination de ce que devrait être le droit. La codification de droits individuels auxquels la société a conféré un statut constitutionnel en les enchâssant dans une charte montre que la protection des droits constitue elle aussi un objectif souhaitable. Le système canadien ne va donc pas aussi loin que le ferait Dworkin dans le primat qu'il accorde aux droits sur les politiques collectives, mais il constitue néanmoins un hybride qui ne répond pas non plus aux modèles juridiques uniquement motivés par l'utilitarisme que dénonce Dworkin.

Terminons cette section en abordant la méthode décisionnelle que Dworkin propose par l'entremise de la figure de son juge idéalisé, le juge Hercule. Encore une fois, il s'agit d'un aspect difficile à évaluer en raison de l'écart qui existe entre les théories élaborées de manière abstraite et les jugements rendus par des juges différents, soumis à des impératifs juridiques, administratifs et temporels. En superposant le processus suivi par Hercule lorsqu'il rend un jugement aux motifs des juges, on peut effectivement constater certaines similitudes, mais on ne peut affirmer que le processus suivi est identique. Pour parvenir à l'affirmer, il faudrait soumettre un grand échantillonnage de jugements à ce jeu de comparaison et voir si certaines caractéristiques reviennent systématiquement. En attendant, nous pouvons affirmer que la description, idéalisée, que fait Dworkin du processus d'adjudication réussit à capturer certains éléments propres au raisonnement judiciaire, notamment la présence quasi continue de l'interprétation et le raisonnement par cercles concentriques qui permet aux juges de tester la solidité et la cohérence de leur interprétation. À cela s'ajoute aussi, sur la base des jugements étudiés à l'occasion du présent mémoire, l'idée que les juges possèdent une certaine flexibilité dans l'interprétation qu'ils peuvent donner de la loi et des précédents, mais que cette interprétation exclut toutefois l'intégration de considérations personnelles arbitraires. On pourrait donc dire que,



encore une fois, la théorie de Dworkin est intéressante en ce qu'elle nous renseigne sur le processus d'adjudication en plus d'offrir des recommandations pour améliorer ce processus et le rendre, au final, plus juste. Cependant, l'écart qui existe entre la théorie et la pratique a pour effet d'empêcher que la première soit directement employée par la seconde et c'est un peu le constat qu'il faut dresser de l'exercice : il existe une compatibilité intéressante entre le discours judiciaire des arrêts *Rodriguez* et *Carter* et la théorie des droits de Dworkin qui se manifeste sous la forme de plusieurs points de convergences, mais sans informations supplémentaires quant à ce que les juges ayant rendu ces décisions avaient en tête, il serait hasardeux de poser un diagnostic affirmant que ces jugements ont été rendus par des juges acceptant le droit-intégrité et la théorie des droits dans leur ensemble.

### **Conclusion du chapitre**

La conclusion de l'exercice comparatif doit reposer sur les deux types de considérations traitées dans les sous-sections 3.1 et 3.2. Le bilan dressé en 3.2 tend à mettre en lumière des compatibilités profondes et intéressantes entre la théorie de Dworkin et le discours judiciaire. Les principes, qui se voient accorder une place de choix dans le droit-intégrité et la théorie des droits, constituent un élément central des arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Les juges semblent en effet partager une compréhension similaire à celle de Dworkin quant aux rôles des principes et à la façon dont ils peuvent enrichir les justifications pouvant appuyer un verdict. L'intégration des principes au discours judiciaire signifie par le fait même que les juges ne sont pas opposés à l'idée que la morale influence sur le droit et qu'elle puisse constituer un précieux guide dans l'interprétation de ce dernier. Qui plus est, le processus décisionnel des juges, longtemps considéré comme possédant une part inévitable d'arbitraire, perd de son opacité puisque l'étude des principes permet de constater qu'il existe toujours des balises interprétatives. Là où l'on voyait une décision impliquant l'arbitraire des juges faute de contraintes, on peut désormais y voir des principes à l'œuvre, contraignants, mais d'une manière différente de la loi. Il apparaît donc tout à fait possible d'affirmer que la théorie de Dworkin constitue un cadre conceptuel pertinent et adapté pour comprendre la volte-face judiciaire au sujet de l'aide médicale à mourir.

Ce constat, fort positif en regard de ce que ce mémoire souhaitait exposer, doit toutefois être nuancé par les obstacles soulevés à l'occasion de la sous-section 3.1. En effet, il serait à la fois simpliste et hasardeux de prétendre que, le niveau de compatibilité entre la théorie et le discours judiciaire étant ce qu'il est, les arrêts *Rodriguez* et *Carter* ont été rendus par des juges acceptant le droit-intégrité et la théorie des droits. Plusieurs éléments s'y opposent tels que le faible échantillon de décisions étudiées et la difficulté inhérente à tout exercice visant à comparer une théorie élaborée dans l'abstrait et une métathéorie se dégageant d'une activité contextuellement située. La meilleure réponse à donner à la question posée initialement serait donc de dire que le droit-intégrité et la théorie des droits de Dworkin constituent une justification satisfaisante à la modification importante de la position de la Cour suprême sur l'article 241b) du *Code criminel* et l'aide médicale à mourir. Qui plus est, cette justification est beaucoup plus pertinente que celle qu'aurait pu fournir le positivisme juridique. Il ne peut cependant être affirmé avec certitude que cette justification est la seule qui soit ou encore, que les juges ayant rendu ces décisions acceptaient les propositions théoriques formulées par Dworkin. Son cadre conceptuel n'en permet pas moins de mieux comprendre l'objet initial de notre questionnement.

Le travail comparatif effectué permet aussi d'affirmer que, sur un point précis, Dworkin a tout de même remporté son pari, soit celui d'offrir une option de rechange valable au positivisme juridique. De par les convergences soulignées, on peut effectivement affirmer que les motifs rendus dans *Rodriguez* et *Carter* tendent davantage vers le droit-intégrité et la théorie des droits que vers le positivisme juridique de Hart. Le positivisme, qui a longtemps constitué le paradigme dominant, semble ainsi avoir laissé la place à une théorie du droit plus sensible à la morale, moins « pure » dans le sens où l'entendaient Kelsen et Hart, certes, mais plus flexible et faisant une moins grande place à l'arbitraire des juges. S'il fallait situer la démarche suivie par les juges dans ces deux décisions sur un continuum ayant pour pôles le positivisme et le droit-intégrité, nous serions justifiés de la situer davantage vers le second pôle, et ce, bien que l'adéquation ne soit pas parfaite.

Qui plus est, la théorie de Dworkin, centrée sur les droits individuels, semble avoir anticipé l'importance que prendraient ces derniers dans les systèmes judiciaires occidentaux. L'idée que certains droits fondamentaux appartenant aux citoyens sont inaliénables et qu'ils constituent autant de remparts contre l'ingérence étatique fait d'ailleurs écho à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. Ces chartes, de par leur statut constitutionnel ou quasi constitutionnel, affirment la primauté des droits qu'elles contiennent et visent généralement à éviter que, au nom de la majorité, certains individus jouissent de droits réduits. Encore une fois, sur cet aspect, la théorie du droit de Dworkin semble avoir damé le pion au positivisme juridique et à plus forte raison à l'utilitarisme.

## **Conclusion**

Le questionnement à l'origine du présent mémoire provenait de la mise en relation de deux décisions rendues par la Cour suprême du Canada. Comme ces deux décisions traitaient de situations presque identiques tant sur le plan factuel et légal, la différence entre leur verdict était, en soi, intrigante. En effet, si les juges se retrouvaient en présence du même paysage législatif, qu'est-ce qui pouvait justifier qu'ils parviennent à des décisions si différentes ?

Pour tenter de répondre à cette question, c'est la philosophie du droit du philosophe Ronald Dworkin qui a été mobilisée. Puisque les deux arrêts étudiés étaient centrés sur la notion de principes de justice fondamentale et que la philosophie de Dworkin faisait de ces principes un élément-clé, leur mise en relation semblait naturelle. Ainsi, le but du présent mémoire consistait à déterminer si la philosophie du droit de Dworkin permettait de justifier la volte-face qui s'est opérée dans la position de la Cour suprême du Canada en matière d'aide médicale à mourir.

Au cours du premier chapitre, il a été question de présenter ce qu'impliquait la philosophie du droit de Dworkin. Cette dernière peut être divisée en deux parties distinctes, mais complémentaires, soit le droit-intégrité et la théorie des droits, respectivement sa théorie du droit et sa théorie de l'adjudication. Nous avons donc souligné les principales particularités du droit-intégrité que sont l'interprétation constructive et la notion d'intégrité, avant de nous intéresser à la théorie de l'adjudication défendue par Dworkin. Évidemment, une plus grande attention a été portée à cette dernière puisque, à la base, le questionnement qui nous occupe porte sur les contraintes et balises du processus décisionnel des juges. C'est par l'entremise du juge Hercule, juge idéalisé ayant accepté le droit-intégrité, qu'il a été possible de mettre en lumière les différentes contraintes qui guident et limitent les juges dans leur processus d'adjudication. Bien que les capacités et le temps dont jouit Hercule soient sans commune mesure avec celles des « vrais » juges, son exemple permet tout de même d'indiquer ce vers quoi devraient tendre les juges soucieux de rendre le meilleur jugement qui soit.

Dans le deuxième chapitre, il s'agissait d'étudier en profondeur le discours judiciaire par l'entremise des motifs rendus par les juges dans les arrêts *Rodriguez* et *Carter*. Cet exercice visait non seulement à éclaircir les différents enjeux formulés par les juges, mais il avait aussi pour but de mettre en lumière les considérations sous-jacentes aux motifs. Formulé autrement, nous avons cherché à identifier les contraintes auxquelles les juges se sentent assujettis et le cadre conceptuel sur lequel les juges se sont appuyés pour trancher les deux affaires. Nous avons sciemment évité d'utiliser les termes « théorie de l'adjudication des juges » puisque cela aurait laissé sous-entendre que les juges possèdent une telle théorie dans un format suffisamment articulé pour être remarqué. Ce n'est pas le cas, cet aspect plus systématique relevant davantage des théories élaborées dans l'abstrait que des jugements rendus à la pièce par un banc de juges se renouvelant constamment. Nous avons donc simplement étudié le discours de manière à comprendre comment les juges conçoivent l'environnement politique dans lequel ils œuvrent (séparation des pouvoirs, rôles des juges, imbrication de la morale et du droit) ainsi que par quels moyens et types d'arguments ils estiment pouvoir justifier correctement une décision.

Finalement, le troisième chapitre avait pour but de mettre en relation la théorie dworkinienne telle que décrite au premier chapitre avec les considérations des juges quant au droit et au processus d'adjudication telles qu'abordées au deuxième chapitre. En dressant des parallèles entre les deux, il a été possible de mettre en lumière de nombreux points de convergence. Ces points de convergence consistaient généralement à rattacher une pratique de la Cour à une portion de la théorie de Dworkin pour constater la grande similitude entre les deux. Ces éléments ont ensuite été pondérés à l'aune des différents obstacles que nous avons rencontrés ainsi que des potentiels écueils qu'implique un tel exercice de comparaison. Une fois les mises en garde effectuées, nous avons été en mesure de dresser un bilan qui nous permet la conclusion qui suit.

La théorie de l'adjudication de Dworkin permet en effet de justifier la volte-face de la Cour suprême constatée par la mise en relation des arrêts *Rodriguez* et *Carter*. La démarche ne permet pas d'affirmer hors de tout doute que les juges acceptent complètement le droit-intégrité et la théorie des droits, mais on peut toutefois affirmer que ces deux cadres

conceptuels sont des outils d'analyse pertinents pour mieux comprendre ce qui s'est passé dans la jurisprudence de la Cour suprême en matière d'aide médicale à mourir. L'invitation dworkinienne à considérer les principes à l'œuvre au sein du droit en est une qu'il faut accepter puisqu'elle a l'avantage de bien décrire ce que les juges sont appelés à faire dans certains cas.

Comme Dworkin a souhaité élaborer sa théorie à partir de l'analyse de l'activité des juges, nous avons jugé approprié d'étudier deux « morceaux » de cette activité pour en évaluer la justesse. Dans les deux cas, la théorie de Dworkin décrit, en général, très bien le travail qu'effectuent les juges canadiens malgré les différences qui peuvent exister entre le régime américain, sur lequel se basait principalement Dworkin, et le régime canadien. Cette correspondance se caractérise par plusieurs éléments et il convient d'en rappeler brièvement quelques-uns. Ainsi, cette correspondance se traduit d'abord par une compréhension similaire du rôle et de l'effet des principes dans le discours judiciaire. Pour les juges comme pour Dworkin, ces derniers font partie des outils judiciaires à partir desquels il est permis et souhaitable de raisonner. Ces principes permettent une finesse d'analyse plus grande et mettent en lumière les considérations morales à l'œuvre derrière le droit, mais souvent occultées par d'autres théories. De plus, la théorie de Dworkin accorde une place aux droits fondamentaux qui est à la fois distincte de celle accordée par d'autres théories et très près de ce que font les juges dans un régime constitutionnel doté d'une charte. Le fait que la théorie des droits ait pour objectif de protéger avant tout les droits fondamentaux des atteintes de la majorité ressemble trait pour trait au travail judiciaire en matière de contrôle de constitutionnalité. Finalement, l'idée que le droit est une pratique sociale située, réflexive et requérant une réinterprétation constructive sans cesse renouvelée abonde dans le même sens que la compréhension qu'ont les juges de l'interprétation des chartes. C'est d'ailleurs animés d'une conception similaire du droit que les juges ont estimé nécessaire de reconsidérer la prohibition de l'aide médicale à mourir au motif que la situation factuelle et la compréhension sociétale des exigences des principes de justice fondamentale avaient radicalement changées.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le cadre conceptuel proposé par Dworkin pour justifier la pratique des juges gagne encore en crédibilité lorsqu'il est contrasté avec le cadre du positivisme juridique. À cet égard, la méthode employée par les juges pour trancher les litiges et les contraintes auxquelles ils s'estiment assujettis se rapprochent beaucoup plus du droit-intégrité que du positivisme, ne serait-ce que parce que les valeurs, les principes et la morale jouent un rôle qu'il est tout simplement téméraire d'ignorer en rendant compte du droit.

Au final, en insistant sur l'importance de la morale pour informer le droit (la morale forme le droit et permet de l'interpréter par après), Dworkin nous offre une lunette plus fine pour analyser ce phénomène. Plutôt que de vouloir lui conférer une certaine pureté ou objectivité (caractéristiques qui contribuent généralement au prestige et à la crédibilité d'une science), Dworkin veut plutôt montrer que le droit est une pratique sociale importante et qui est toujours présente dans nos vies. Par conséquent, il est normal que cette pratique ne soit pas étudiée et comprise d'un point de vue objectif, comme le ferait un observateur, mais plutôt d'un point de vue interne, celui de l'acteur. Outre cette position particulière, les acteurs apportent aussi un lot de valeurs qui doivent nécessairement être prises en compte puisqu'elles influencent la formation et l'interprétation du droit. Comme le rappelle le titre de son maître-ouvrage, l'empire du droit est partout, il régit toutes les sphères de nos vies et il serait bien incomplet s'il pouvait se passer de la morale. À la lumière du présent exercice, nous pouvons donc affirmer que, d'après les jugements analysés, nous vivons effectivement dans un empire du droit qui s'apparente grandement à celui décrit par Dworkin et que les juges qui y officient ont bel et bien une certaine parenté avec le juge Hercule.

À partir de ces constats, il serait aisé d'approfondir davantage la réflexion de l'applicabilité du cadre conceptuel de Dworkin au processus d'adjudication des juges canadiens. Cela pourrait être fait en élargissant l'échantillon de jugements pour tenter de dégager des tendances générales. En agissant de la sorte, il serait alors possible d'identifier plus clairement les tensions qui reviennent de manière récurrente entre la pratique et la théorie.

Ces tensions seraient autant d'indications pertinentes pour contribuer à l'élaboration d'une nouvelle théorie du droit, et d'une théorie de l'adjudication sous-jacente, qui correspondrait davantage au contexte canadien. Cette nouvelle théorie pourrait ainsi mieux prendre en compte les spécificités du régime politique canadien en plus d'intégrer de nouvelles avenues qui n'ont pas été considérées par Dworkin tels les nouveaux modes de règlements des différends et le recours plus assumé à l'éthique.



## Bibliographie

### Textes philosophiques et juridiques

Acar, Thomas. 2014. « La théorie du droit de Ronald Dworkin : une théorie pédagogique à l'égard des juges », dans *Pédagogie et droits de l'homme*, Véronique Champeil-Desplats (éd.), Paris, Presses universitaires de Paris ouest, p. 167-180.

Allan, Trevor R.S. 2009. « Law, Justice and Integrity : The Paradox of Wicked Laws », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, no. 4, p. 705-728.

Altman, Andrew. 1986. « Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, no. 3, p. 205-235.

Bagchi, Aditi. 2016. « Authority, Intention, and Interpretation », in *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa, p. 353-372.

Barberis, Mauro. 2012. « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, vol. 4, no. 143, p. 5-15.

Bégin, Luc. 1997. « Éthique et décision judiciaire », *Ethica*, vol. 9, # 2, tome II, p. 147-163.

Bégin, Luc. 1997. « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », *Les Cahiers de droit*, vol. 38, no. 2, p. 417-436.

Bégin, Luc. 2001. « L'expansion du pouvoir des juges : enjeux et lieux communs », *Éthique publique*, vol. 3, no. 2, p. 5-17.

Bernard, Jean-Yves et Caroline Beauchamp. 2004. « La relation entre le juge et le législateur sous le régime de la *Charte canadienne* : pistes pour un meilleur dialogue », dans *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 605-631.

Bernatchez, Stéphane. 2005-2006. « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 36, p. 165-288.

Bernatchez, Stéphane. 2006. « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans la fonction judiciaire », *Revue du Barreau canadien*, vol. 85, p. 222-254.

Bernatchez, Stéphane. 2013. « Les fondements philosophiques et théoriques de la Charte canadienne des droits et liberté », *The Supreme Court Law Review*, vol. 61, n°2d, p. 47-81.

Bernatchez, Stéphane. 2015. « Le concept de droits », *Revue québécoise de droit international*, hors-série (juin), p. 131-169.

Boucobza, Isabelle. 2012. « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, vol. 4, no. 143, p. 73-87.

Brink, David O. 2016. « Originalism and Constructive Interpretation », in *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa, p. 273-298.

Bureau de la traduction (Canada). 2015. « Stamus decisis/stare decisis », *Juridictionnaire*, [En ligne], consulté le 8 septembre 2017, [http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx\\_catlog\\_s&page=9Wv1vhrYZyBg.html](http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_s&page=9Wv1vhrYZyBg.html).

Coppens, Philippe. 2001. « Justice constitutionnelle et objectivité », *Éthique publique*, vol. 3, no. 2, p. 34-44.

Côté, Pierre-André. 2009. *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 865 p.

D'Almeida, Luis Duarte. 2016. « The Grounds of Law », in *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa, p. 165-202.

Donato, James. 1988. « Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation », *Stanford Law Review*, vol. 40, no. 6, p. 1517-1541.

Dworkin, Ronald. 1978. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 371 p.

Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 425 p.

Dworkin, Ronald. 1994 (1993). *Life's Dominion : An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New-York, Vintage Books, 273 p.

Dworkin, Ronald. 1999 (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 427 p.

Dworkin, Ronald. 2000. *Sovereign Virtue : The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 511 p.

Dworkin, Ronald. 2002. *A Badly Flawed Election : Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New-York, The New Press, 344 p.

Dworkin, Ronald. 2004. « Ronald Dworkin Replies », in *Dworkin and his Critics*, edited by Justine Burley, Oxford, Blackwell Publishing, p. 339-395.

Dworkin, Ronald. 2006. *Justice in Robes*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 308 p.

Dworkin, Ronald. 2006. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 177 p.

Dworkin, Ronald. 2006. « Response », in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, edited by Scott Hershovitz, Oxford, Oxford University Press, p. 291-311.

Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 506 p.

Dworkin, Ronald. 2016 (1986). *Law's Empire*, Portland, Hart Publishing, 470 p.

- Dyzenhaus, David. 2016. « Dworkin and Unjust Law », in *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa, p. 131-164.
- Eisgruber, Christopher L. 2006. « Should Constitutional Judges be Philosophers? », in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, edited by Scott Hershovitz, Oxford, Oxford University Press, p. 5-22.
- Garbaum, Stephen. 2012. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism : Theory and Practice*, Cambridge, University Press, 270 p.
- Gilles, David. 2012. « L'égalité, valeur souveraine au cœur de la « démotique » moderne », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 42, p. 255-308.
- Gilles, David et Simon Labayle. 2012. « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 42, p. 309-361.
- Giudice, Michael. 2016. « Imperialism and Importance in Dworkin's Jurisprudence », in *The Legacy of Ronald Dworkin*, edited by Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa, p. 225-243.
- Guest, Stephen. 2013. *Ronald Dworkin*, Third Edition, Stanford, Stanford University Press, 297 p.
- Green, Leslie. 2004. « Associative Obligations and the State », in *Dworkin and his Critics*, edited by Justine Burley, Oxford, Blackwell Publishing, p. 267-284.
- Hart, H.L.A. 1963. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 262 p.
- Hershovitz, Scott. 2006. « Integrity and *Stare Decisis* », in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, edited by Scott Hershovitz, Oxford, Oxford University Press, p. 103-118.
- Hogg, Peter W. 2012. « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter », *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 58, p. 195-210.
- Hogg, Peter W. 2015. *Constitutional Law of Canada. 2015 Student Edition*, Toronto, Carswell.
- Hogg, Peter W. et Allison A. Bushell. 1997. « The Charter Dialogue Between Court and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, no. 1, p. 75-124.
- Kavanagh, Aileen. 2003. « The Idea of a Living Constitution », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XVI, no. 1, p. 55-89.
- Kymlicka, Will. 2016. *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, Les éditions La Découverte, p. 363.
- Leader, Sheldon. 1986. « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », *Droit et société*, no. 2, p. 23-40.

LeBel, Louis. 2015. « La loi et le droit : la nature de la fonction créatrice du juge dans le système de droit québécois », *Les cahiers de droit*, vol. 56, p. 87-96.

Perry, Stephen R. 1997. « Two Models of Legal Principles », *Iowa Law Review*, vol. 82, p. 787-819.

Postema, Gerald J. 2004. « Integrity : Justice in Workclothes », in *Dworkin and his Critics*, edited by Justine Burley, Oxford, Blackwell Publishing, p. 291-318.

Raz, Joseph. 1972. « Legal Principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal*, vol. 81, no. 5, p. 823-854.

Rivet, Michèle. 2005. « Entre stabilité et fluidité : le juge, arbitre des valeurs » dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, édité par Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 1-46.

Rivet, Michèle et Anne-Marie Santorineos. 2012. « Juger à l'ère des droits fondamentaux. » *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 42, p. 363-404.

Roblot-Troizier, Agnès. 2012. « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, vol. 4, no. 143, p. 89-103.

Tremblay, Luc B. 1995. « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », *Revue juridique Thémis*, vol. 29, p. 459-526.

Tremblay, Luc B. 2012a. « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », *McGill Law Journal*, vol. 57, n° 3, p. 429-471.

Tremblay, Luc B. 2012b. « Les principes constitutionnels non écrits », *Review of Constitutional Studies*, vol. 17, n°1, p. 15-51.

## **Lois et décisions**

*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72.

*Bliss c. Canada Le Procureur Général du Canada*, [1979] 1 RCS 183.

*Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 RCS 1219.

*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886.

*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 435.

*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 SCR 145.

*Loi constitutionnelle de 1982 (R-U)*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c. 11.

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927.

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.

*R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 1123.

*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1992] B.C.J. No. 2738.

*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, 1993 CanLII 1191 (BC CA).

*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519.